

ARSI PAVELTS

Kahju hüvitamise nõue täitmise asemel
ostja õiguste näitel



ARSI PAVELTS

Kahju hüvitamise nõue täitmise asemel
ostja õiguste näitel



TARTU ÜLIKOOL
kirjastus

Tartu ülikooli õigusteaduskond

TÜ õigusteaduskonna nõukogu 18. novembri 2016 otsusega on Arsi Paveltsi väitekirjale lubatud kaitsmisele filosoofiadoktori (PhD) (õigusteadus) kraadi taotlemiseks TÜ õigusteaduskonna doktorikraadide kaitsmise komisjonis

Juhendaja: Prof. Karin Sein

Oponendid: Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel, Bayreuthi Ülikool
Dots. *dr. iur.* Villu Kõve, Riigikohus

Kaitsmine: 27. jaanuaril kell 12.00 Kaarli pst. 3 aud. 401, Tallinn

Käesoleva väitekirja valmimist on toetanud Euroopa Liidu Sotsiaalfond Sihtasutuse Archimedes poolt ellu viidud DoRa programmi kaudu, mis võimaldas autoril külastada teadustöö kirjutamisel välisülikoole.



ISSN 1406-6394

ISBN 978-9949-77-310-7 (trükis)

ISBN 978-9949-77-311-4 (pdf)

Autoriõigus: Arsi Pavelts, 2017

Tartu Ülikooli Kirjastus
www.tyk.ee

SISUKORD

TÄNUSÕNAD.....	9
SISSEJUHATUS.....	11
A. Teema aktuaalsus ja töö eesmärk.....	11
B. Uurimisküsimused	15
C. Töö struktuur.....	15
D. Metoodika ja võrdlusmaterjali valik	17
E. Sama valdkonna teadustööd ja kasutatud allikad.....	19
1. KAHJU HÜVITAMISE TÄITMISE ASEMEL NÕUDE REGULATSIOONI EESMÄRK JA NÕUDE PIIRITLEMINE KAHJU HÜVITAMISE NÕUDEST TÄITMISE KÕRVAL.....	21
1.1 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude reguleerimine	21
1.1.1 Kahju hüvitamise nõue CISG-s, PECL-s ja PICC-s	22
1.1.2 Kahju hüvitamise nõue BGB-s.....	24
1.1.3 <i>Remedy approach</i> vs. <i>causa approach</i>	27
1.1.4 VÕS-i hübriidlahendus.....	28
1.2 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eraldiseisva reguleerimise eesmärk.....	29
1.3 Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel.....	35
1.3.1 Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemise vajadus ja piiritlemiskriteeriumid.....	35
1.3.2 Tüüpjuhtumid	38
1.3.3 Suur kahju ja väike kahju	42
1.3.4 Piiritlemise tähendus ja tagajärjed.....	46
1.4 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vajalikkus ja sellega seotud eelised	50
2. OSTJA ÕIGUS NÕUDA KAHJU HÜVITAMIST TÄITMISE ASEMEL MÜÜJA KOHUSTUSTE MITTETÄITMISEL	54
2.1 Müüja põhikohustused ja kohustuste mittetäitmine	54
2.1.1 Asja üleandmise kohustus	54
2.1.2 Ostjale omandiõiguse võimaldamise kohustus	56
2.1.3 Kohustuste mittetäitmine.....	57
2.2 Täiendava tähtaja edutu möödumine	58
2.2.1 Nõuded täiendava tähtaja avaldusele	58
2.2.2 Täiendava tähtaja pikkus.....	65
2.2.3 Täiendava tähtaja andmise tagajärjed	68
2.2.3.1 Täiendava tähtaja andmise tähendus enne selle möödumist.....	68
2.2.3.2 Täiendava tähtaja edutu möödumine	69
2.3 Täiendava tähtaja andmise mittevajalikkus.....	70
2.3.1 Täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust (VÕS § 115 lg 3 alt 1)	71

2.3.2 Oluline rikkumine (VÕS § 115 lg 3 alt 2).....	73
2.3.3 Kahju kohene hüvitamine on mõistlik (VÕS § 115 lg 3 alt 3).....	76
2.3.4 Täitmisenõude lõppemine (VÕS § 108 lg 3 (lg 5) ja lg 2)	78
2.4 Nõude ulatusega seotud piirangud.....	79
2.4.1 Kohustuste mittetäitmine.....	79
2.4.2 Kohustuste osaline ja mittekohane täitmine.....	80
2.5 Kahju arvestamine ja selle kindlaksmääramise aeg	88
2.5.1 Kahju arvestamine.....	88
2.5.2 Kahju ettenähtavus ja rikutud kohustuse kaitse-eesmärk.....	91
2.5.3 Kahju kindlaksmääramise aeg.....	94
2.6 Nõudeõigust välistavad asjaolud	98
2.6.1 Nõude maksmapaneku tähtaeg ja VÕS § 118 lg 1 kohaldatavus...	98
2.6.2 Heastamine	100
2.6.3 Muu õiguskaitsevahendi kasutamine	104
2.6.4 Õiguste kuritarvitamise keeld.....	106
2.6.5 Aegumine	108
2.7 Nõude esitamine enne kohustuse sissenõutavust.....	111
2.8 Nõude tingimuslik maksmapanek	113
3. OSTJA ÕIGUS NÕUDA KAHJU HÜVITAMIST TÄITMISE ASEMELE MÜÜJA KOHUSTUSTE OSALISEL TÄITMISEL, ASJA LEPINGUTINGIMUSTELE MITTEVASTAVUSEL JA KÕRVALKOHUSTUSTE RIKKUMISEL.....	116
3.1 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kohustuste osalisel täitmisel	116
3.1.1 Kohustuste osalise täitmise mõiste ja müüja kohustuste osalise täitmise seotud erisused (VÕS § 115 lg 4 ja § 217 lg 1)	116
3.1.2 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine	120
3.2 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel asja lepingutingimustele mittevastavuse korral.....	121
3.2.1 Asja lepingutingimustele mittevastavus ja lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused lepingu osana	121
3.2.1.1 Asja lepingutingimustele mittevastavus	121
3.2.1.2 Lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused lepingu osana	124
3.2.2 Nõude maksmapanekuga seotud erisused	129
3.2.2.1 Kohustuste rikkumise mittevabandatavus.....	129
3.2.2.2 Asja lepingutingimuste mittevastavusele tuginemine (VÕS § 220–221).....	133
3.2.3 Täiendava tähtaja andmisega seotud erisused ja problemaatiline Riigikohtu praktika (VÕS § 223).....	136
3.2.3.1 Täiendava tähtaja andmisega seotud erisused.....	136
3.2.3.2 Problemaatiline Riigikohtu praktika (VÕS § 223)	140
3.2.4 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine	143
3.2.5 Nõude konkurents VÕS § 222 lg 5 järgse kulutuste hüvitamise nõudega	145

3.2.6 Nõude aegumine.....	151
3.3 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kõrvalkohustuste rikkumisel.....	154
3.3.1 Müüja kõrvalkohustused.....	154
3.3.2 Täiendava tähtaja määramise ja nõude ulatusega seotud erisused...	157
3.3.2.1 Täiendav tähtaeg vs. hoiatus	157
3.3.2.2 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine.....	158
4. KAHJU HÜVITAMISE TÄITMISE ASEMEL NÕUDE ESITAMISE TAGAJÄRJED	165
4.1 CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioon võrdluse allikana	165
4.2 Täitmisnõude lõppemine ja selle ulatus.....	168
4.2.1 Täitmisnõude lõppemine ja VÕS § 108 lg 8 regulatsioon	168
4.2.2 Täitmisnõude lõppemise ulatus ja selle tagajärjed.....	170
4.3 Täitmisnõude lõppemise aeg ja võlausaldaja valikuõigus.....	173
4.3.1 Võlausaldaja valikuõigus	173
4.3.2 Valikuõiguse kasutamise tähtaeg.....	175
4.3.3 Täitmisnõude lõppemine (VÕS § 108 lg 3–5 ja § 108 lg 2 tähendus)	176
4.3.4 Täitmisnõude esitamise tähendus	180
4.3.5 Hilinenud täitmise pakkumine.....	182
4.3.6 Tahteavalduse tõlgendamine.....	184
4.4 Võlausaldaja vastusoorituskohustuse püsijäämine	185
4.4.1 Probleemipüstitus	185
4.4.2 BGB regulatsioon ja tingimuslik süallagma	187
4.4.2.1 Kohustuste lõppemine tulenevalt tingimuslikust süallagmast?.....	187
4.4.2.2 Tingimusliku süallagma kriitika	189
4.4.2.3 Vastusoorituskohustuse püsijäämine.....	191
4.4.3 VÕS-i lahendus	193
4.4.3.1 Kahju hüvitamise nõude eesmärk	193
4.4.3.2 Lepingust taganemise eesmärk	195
4.4.3.3 Erinevused õiguskaitsevahendite kasutamise eeldustes.....	198
4.4.3.3.1 Õiguskaitsevahendi eseme ja ulatusega seotud erisused	198
4.4.3.3.2 Osaline täitmine ja ositi täitmine	201
4.4.3.3.3 Täiendav tähtaeg vs. oluline rikkumine.....	205
4.4.3.3.4 Rikkumise vabandatavuse tähendus	206
4.4.3.3.5 Õiguskaitsevahendi kasutamise tähtaeg	207
4.4.3.4 Tingimuslik süallagma ja vastusoorituskohustuse püsijäämine	211
4.4.3.5 Erinevused õiguskaitsevahendite kasutamise tagajärgedes.....	217
4.5 Võlgnikult täitmisenä saadu tagastamise kohustus	222
4.6 Kõrvaltagajärjed	226

4.7 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise <i>ius variandi</i>	230
4.7.1 Õiguskaitsevahendite kumulatsioon ja valikuõigus	230
4.7.2 Võlausaldaja taganeb lepingust	231
4.7.3 Võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel	234
5. OSTJA ÕIGUS NÕUDA HINNAVAHE HÜVITAMIST	238
5.1 Hinnavahe hüvitamise nõue VÕS § 135 järgi	239
5.1.1 Regulatsiooni eesmärk	239
5.1.2 Hinnavahe hüvitamise nõude arvestamine VÕS § 135 lg 1 järgi...	240
5.1.2.1 Ostja on lepingust taganenud	241
5.1.2.1.1 Lepingust taganemise kui VÕS § 135 lg 1 kohaldamise eelduse eesmärk	241
5.1.2.1.2 Ostja õigus lepingust taganeda	242
5.1.2.1.3 Taganemisavalduse tegemine ja selle vorm	245
5.1.2.1.4 Lepingust taganemise tähtaeg	247
5.1.2.2 Asendustehingu tegemise aeg	249
5.1.2.2.1 Asendustehing enne lepingust taganemist	249
5.1.2.2.2 Asendustehing mõistliku aja jooksul pärast lepingust taganemist	252
5.1.2.3 Asendustehingu tingimused	253
5.1.2.4 Tagajärjed	254
5.1.3 Hinnavahe hüvitamise nõude arvestamine VÕS § 135 lg 2 järgi...	257
5.1.3.1 Nõude esitamise eeldused	257
5.1.3.2 Hüvitise arvestamine	259
5.1.3.3 Tagajärjed	263
5.1.4 VÕS § 135 lg 1 ja lg 2 konkurents	265
5.2 Hinnavahe hüvitamise nõue VÕS § 127 järgi	268
5.2.1 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemisel	268
5.2.2 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemata	275
5.2.2.1 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames	275
5.2.2.2 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise kõrval nõude raames	282
KOKKUVÕTE	287
SUMMARY	302
TRANSLATION OF TABLE OF CONTENTS OF THE THESIS	386
KASUTATUD MATERJALIDE JA LÜHENDITE LOETELU	390
CURRICULUM VITAE	410
ELULOOKIRJEDUS	411

TÄNUSÕNAD

Käesolev doktoritöö on valminud tänu paljude heade inimeste toetusele ja kannatlikkusele, kelle ees jään alatiseks tänuvõlglasteks. Esmalt soovin tänada töö juhendajat professor Karin Seina, kelle abivalmidus, nõuanded ja innustus on aidanud hoida töö kirjutamisel julget kurssi. Teiseks soovin tänada Konstanzi ja Bayreuthi Ülikooli ning Archimedese sihtasutust, tänu kellele avanes mul ainulaadne võimalus teha teadustööd Saksamaal. See kogemus ühes suurepäraste inimestega on kustumatu. Kolmandaks soovin tänada emeriitprofessor Paul Varulit, kelle heatahtlikkus ja mõistmine võimaldasid ühendada doktoritöö kirjutamise ja töökohustused.

Minu kõige suurem tänu kuulub minu perele, sõpradele ja lähedastele, kellel on jätkunud usku ja kannatlikku meelt, et taluda minu pikki töötunde ja eemalolekuid. See aeg ja tähelepanu oleks pidanud kuuluma teile, kui kõige olulisematele. Teie hindamatu ja vankumatu toetuseta ei oleks see töö valminud.

SISSEJUHATUS

A. Teema aktuaalsus ja töö eesmärk

Kahju hüvitamise nõude näol on tegemist keskse kui mitte kõige olulisema lepingulise õiguskaitsevahendiga, mille juured ulatuvad sügavale Rooma õigusse¹ ja milleta ei saa hakkama ükski kaasaegne eraõigussüsteem. Kahju hüvitamise nõude instituut on õiguskaitsevahendite nurgakiviks nii mandrieuroopaliku õigussüsteemi kui ka üldise õiguse (*common law*) traditsiooniga maades.² Eesti õiguses reguleerib võlausaldaja õigust nõuda lepingu rikkumisega tekitatud kahju hüvitamist VÕS § 115.³ Tegemist on nõudenormiga, mis sätestab kahju hüvitamise nõude maksmapaneku kesksed eeldused nii lepingust kui ka muust võlasuhtest tuleneva kohustuse rikkumise korral.⁴ Erinevalt enamikust Mandri-Euroopa riikide õiguskordadest, rahvusvahelistest konventsioonidest ja mudelseadustest, sh VÕS-i õiguskaitsevahendite süsteemi kujundamisel oluliseks eeskujuks olnud CISG-st⁵, PECL-st⁶ ja PICC-st⁷, eristab VÕS-i regulatsioon kahte liiki kahju hüvitamise nõuet: nii võib võlausaldaja nõuda võlgnikult kahju hüvitamist koos kohustuse täitmisega või selle asemel (VÕS § 115 lg 1).

Kuigi VÕS-i vastuvõtmisest möödub peatselt viisteist aastat, ei ole VÕS § 115 kui lepingulise kahjuhüvitise nõudenorm leidnud oma mitmetahulisusele ja kompleksusele vaatamata kodumaises õiguskirjanduses ulatuslikumat dogmaatilist analüüsi. Kui täitmise kõrval kahjunõude (ehk nn lihtsa kahju hüvitamise nõude⁸) puhul võib rääkida teatavast kohtupraktika⁹ ja piiratud ulatuses teoreetilise kirjanduse olemasolust,¹⁰ siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõude instituudi osas puudub siiani sisuliselt igasugune põhjalikum teoreetiline käsitlus, rääkimata selgepiirilise ning põhjaneva

¹ Vt Zimmermann (1996), p 824 ff.

² Vt Mandri-Euroopa ja *common law* õigussüsteemide kohta võrdlevalt ja ülevaatlikult: Dainow, p 419 ff; Gordley, S. 498 ff; Reimann/Zimmermann (2008), p 899 ff.

³ Võlaõigusseadus, vastu võetud 26.09.2001, RT I 2001, 81, 487; RT I, 11.03.2016, 1. Käesolevas töös peetakse kahju hüvitamise õiguskaitsevahendina silmas VÕS §-s 115 reguleeritud võlausaldaja õigust nõuda võlgnikult võlasuhtest tuleneva kohustuse rikkumisel tekitatud kahju hüvitamist koos kohustuse täitmisega või selle asemel. Töö uurimisesemest jäävad välja kahju õigusvastasest põhjustamisest tulenevad nõuded (deliktilised nõuded) VÕS § 1043 jj.

⁴ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391–392, Sein, § 127, lk 434; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590–592. VÕS § 115 ei kohaldu deliktilistele nõuetele. Lepinguliste ja deliktiliste kahju hüvitamise nõuete eristamise kohta vt nt RKTko 3-2-1-41-05, p-d 18 ja 19; 3-2-1-123-05, p-d 21 ja 24; 3-2-1-134-05, p-d 19 ja 20.

⁵ Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni konventsioon rahvusvaheliste ostu-müügilepingute kohta – RT II 1993, 21/22, 52.

⁶ Euroopa lepinguõiguse printsiibid (Lando/Beale).

⁷ UNIDROIT rahvusvaheliste kaubanduslepingute printsiibid (Vogenauer/Kleinheisterkamp).

⁸ Vt piiritlemise kohta ptk 1.3.3.

⁹ Vt nt RKTko 3-2-1-5-12, p 27; 3-2-1-173-12, p 15; RKTko 3-2-1-107-15, p 11; RKTko 3-2-1-130-15, p 11.

¹⁰ Tänuväärset rolli on siin täitnud V. Kõve VÕS § 115 kommentaarid, vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 390–398. VÕS I uued kommentaarid on ilmunud vahetult enne doktoritöö kaitsmisele suunamist, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590 jj.

kohtupraktika väljakujunemisest.¹¹ Nii võibki (mõningase liialdusega) väita, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude näol ei ole tegemist mitte üksnes läbi uurimata, vaid ka suuresti avastamata instituudiga. Muuhulgas on analüüsimate sellised kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega seotud kesksed küsimused, nagu: a) Mis on regulatsiooni eesmärk ja miks on nõude eraldiseisev reguleerimine vajalik? b) Millised on nõude esitamise eeldused ja selle tagajärjed pooltevahelisele võlasuhtele? c) Milline on nõude seos teiste õiguskaitsevahendite, eelkõige täitmisenõude ja lepingust taganemisega? d) Millised on võlausaldaja nõude ulatusega seotud piirangud ja kas võlausaldaja saab nõuda hinnavahe hüvitamist ka lepingust taganemata?

Need ja paljud teised kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet puudutavad kesksed küsimused on nii õiguskirjanduses kui ka kohtupraktikas kas täielikult käsitlemata või on leidnud minimaalset analüüsimist, piirdudes enamasti üksikute fragmentide ja lakooniliste väidetega. Kuna ka sellise piiratud materjali juures puudub valdavalt õigusteoreetiline ja dogmaatiline argumentatsioon, on esindatud seisukohtade mõistmine ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude instituudist terviklikuma pildi ning arusaama tekkimine veelgi raskendatud.

Sellisel on kodumaises õigusruumis paratamatult tulemuseks olukord, kus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni tähendus, regulatsiooni eesmärk ja nõude olemus on suuresti ebaselge ja mõistetamatu. Illustreerivalt võib siinkohal osutada Riigikohtu praktikale, milles on aastate jooksul järjepidevalt leitud, et kahju põhikohustuse täitmise asemel nõude esitamine tuleb lugeda samaaegselt lepingust taganemiseks.¹² Tegemist on põhimõttelise õiguse tõlgendamise küsimusega, mille juures puuduvad paraku igasugused õigusteoreetilised ja dogmaatilised põhjendused. Ka õiguskirjanduses, milles on jõutud sarnastele järeldustele, prevaleerivad argumentid, nagu *mõistlik ja otstarbekas*.¹³ Kummatigi ei ole selliste põhistuste näol tegemist õigusteoreetiliste argumentidega. Teise reljeefse näitena võib välja tuua Riigikohtu praktika, mis sisuliselt eitab võlausaldaja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist eelnevalt lepingust taganemata.¹⁴ Selline tõlgendus on aga äärmiselt küsitav ja viib teatud juhtudel anomaalsete tagajärgedeni: nii jäävad näiteks sellise ostja, kes on tasunud ettemaksuna ostuhinna ja kellele müüja on jätnud müügieseme üle andmata, õigused pärast VÕS § 118 lg 1 järgse lepingust taganemise tähtaja möödumist täielikult

¹¹ Siiani on Riigikohus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude käsitlemisel piirdunud fragmentaarsete konstateeringutega, märkides nt, et kahjuks täitmise asemel tuleb lugeda müügi- ja töövõtueseme puuduste kõrvaldamise kulu ja võlausaldajal vindikatsiooninõude olemasolul asjade väljaandmise asemel nende väärtuse hüvitamise nõue. Samuti on Riigikohus leidnud, et põhikohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõude esitamist tuleb käsitleda konkludentse lepingust taganemisena. Eeltooduga kahju täitmise asemel nõude käsitus suuresti ka piirdub. Vt RKTko 3-2-1-100-15, p 19; RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-5-12, p 26 jj; RKTko 3-2-1-98-09, p 13; RKTko 3-2-1-50-06, p 23; RKTko 3-2-1-165-09, p 13.

¹² Vt nt RKTko 3-2-1-50-06, p 23; RKTko 3-2-1-165-09, p 13; RKTko 3-2-1-31-08, p 16; RKTko 3-2-1-37-08, p 25; RKTko 3-2-1-45-08, p 18; RKTko 3-2-1-37-09, p 14; RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

¹³ Vrdl Kull/Käerdi/Kõve, lk 259; VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 396.

¹⁴ Vt RKTko 3-2-1-165-09 ja 3-2-1-63-12.

kaitseta.¹⁵ Eeltoodu näol on tegemist üksnes ühe valikulise näitega mitme samaväärselt problemaatilise tõlgenduse kõrval. Ühtlasi ilmestavad viidatud näited kujukalt, kuivõrd analüüsimate kahju hüvitamise täitmise asemel nõue tänaseni on. Eelnev ei ole mõeldud kriitikana, olles üksnes konstateering paratamatusest, mis kaasneb ühe väikese ja piiratud ressursiga riigi toimimisega.

Samas on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude näol tegemist nõudega, millel on võlausaldaja õiguste tagamisel keskne tähendus. Ühelt poolt on tegemist ulatusliku kasutusalaga õiguskaitsevahendiga, mis laieneb nii lepingulistele kui ka seadusjärgsetele võlasuhetele.¹⁶ Teisest küljest on aga tegemist nõudega, mis on suunatud võlausaldaja positiivse huvi saavutamisele, kuid millel on olulised praktilised eelised täitmisenõude ees. Lepingust taganemine ja hinna alandamine ei pruugi sageli võlausaldaja huve rahuldada, kuna sellistel õiguskaitsevahenditel on oluliselt erinev eesmärk ja tagajärjed,¹⁷ samuti on neil oluliselt piiratum kohaldamisala.¹⁸

Küsimus sellest, millistel tingimustel võib ostja loobuda müüja kohustuste täitmisest ja minna üle kahju hüvitamise nõudele, s.o saavutada lepinguga silmas peetud täitmishuvi kahju hüvitamise teel, mitte aga naturaalkohustuse täitmise kaudu, on poolte õiguste ja kohustuste tasakaalustamisel keskse tähendusega. Mh sõltub sellest, millistel asjaoludel kaotab müüja võimaluse ja õiguse teenida välja lepinguga ette nähtud kogu tasu (ostuhinna), peab loobuma tehingust oodatud kasumist ja kandma kahju hüvitamisega seotud riisikot. Selliselt on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon ja nõude maksmapaneku eeldused seotud vahetult küsimusega poolte huvide tasakaalust ehk milliste asjaolude esinemist saab lugeda piisavaks ning õigustatuks, et ostjal (võlausaldajal) oleks õigus vabaneda algselt kokku lepitud kohustuste programmist.

Võttes arvesse, et võlasuhtest tuleneva kohustuse täitmise asemel kahjunõude temaatika hõlmab suurt hulka keerukaid küsimusi, mille lahendamine ühe doktoritöö raames ei ole mõeldav, tuli autoril paratamatult teha valik ja seada töö esemele mõistlikud piirid. Valik müügilepingu ja kitsamalt ostja õiguse osas nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel sai langetatud eelkõige praktilistel kaalutlustel: müügilepingu näol on vaieldamatult tegu praktikas enim kasutatud lepinguga, mistõttu hõlmab see ka kõige kriitilisema osa õigusvaidlustest. Selliselt on müügileping ka loogiline lähtekoht, millest alustada kahju hüvitamise täitmise asemel nõude instituudi teoreetilist käsitlemist. Regulatsiooni aluseks olevate põhimõtete paremaks mõistmiseks ja Riigikohtu praktika kitsaskohtade näitlikustamiseks on töös piiratud ulatuses käsitletud ostjana ka võlausaldajat, kelle vastusoorituskohustus ei seisne ostuhinna tasumises, vaid muus mitterahalises sooritusel, nagu see on näiteks vahetustehingutes. Uurimiseseme piiramine ostja õigustega ei tähenda, et töös tehtud järeldusi ei oleks võimalik *mutatis mutandis* laiendada kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele laiemalt.

¹⁵ Vt problemaatika kohta täpsemalt ptk 2.6.1, ptk 4.4.3.3.5 ja ptk 5.2.2.

¹⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391–392; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590 jj.

¹⁷ Lepingust taganemise eesmärkide kohta vt ptk 4.4.3.2, hinna alandamise eesmärkide kohta vt Kalamees (2013), lk 16 jj.

¹⁸ Lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eseme võrdluse kohta vt ptk 4.4.3.3.1. Hinna alandamise kohaldamisala kohta vt Kalamees (2013), lk 46 jj.

Tööl on kaks üldist eesmärki. Esimene eesmärk on selgitada välja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni eesmärgid, vajadus ja olemus. Selleks analüüsitakse kahju hüvitamise täitmise asemel ja täitmise kõrval nõude piiritlemise tähendust ja kriteeriume, samuti nõude esitamise tagajärgi ja selle suhet lepingust taganemisse. Selliselt on töö esimene ja neljas peatükk, samuti osaliselt töö teine peatükk nõuet üldiseloomustava tähendusega ning tehtud järeldused regulatsiooni olemuse kohta rakendatavad laiemalt. **Töö teine üldine eesmärk** on selgitada välja nõude maksmapaneku eeldused ja õiguskaitsevahendi funktsionaalsus ostja õiguste näitel. Selliselt keskendub analüüs ostja õiguste näitel tüüpiliselt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega tekkivatele küsimustele ja kitsaskohtadele. Kuigi käsitlemise rõhk on seatud ostja õigustele, on suur osa analüüsitavate küsimuste ringist üldise iseloomuga ning tõusetuvad igakordselt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekul (nt täiendava tähtaja andmine ja selle mittevajalikkuse koosseisud, nõude ulatusega seotud küsimused ning nõudeõigust välistavad asjaolud). Selliselt on analüüsil eriregulatsiooni puudumisel ka laiem tähendus ja rakendusala.

Töö eesmärgid on aluseks püstitatud hüpoteesidele. Autori **esimene hüpotees** on, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni eesmärk on tugevdada poolte seotust täitmissuhtega ja kaitsta võlgnikku võlausaldaja poolt täitmissuhte õigustamatu lõpetamise eest. Nii võib võlausaldaja VÕS § 115 lg 2 järgi nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel reeglina üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Selliselt on regulatsiooni üks eesmärk tagada võlgnikule täiendav võimalus täita võlgnetavad kohustused oma vahenditest ja teenida välja kogu lepingust oodatud tasu.

Töö teine hüpotees on, et ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist ei saa samastada lepingust taganemisega, samuti ei too nõude esitamine kaasa lepingust taganemise tagajärgi. Seega on teise hüpoteesi sisuks kontrollida Riigikohtu praktika järgse väite paikapidavust, et kahju põhikohustuse täitmise asemel nõude esitamist tuleb lugeda samaaegseks lepingust taganemiseks. Hüpoteesi osa on seisukoht, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja lepingust taganemine on erinevad õiguskaitsevahendid, millel on erinev eesmärk, maksmapaneku tingimused, kohaldamisala ja tagajärjed. Samuti kontrollitakse väidet, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele ei saa analoogia korras laiendada lepingust taganemise tähtaega piiravat VÕS § 118 lg 1 regulatsiooni.

Töö kolmas hüpotees on, et VÕS § 135 näol ei ole tegemist eksklusiivse regulatsiooniga, mille järgi ostja võib arvestada hinnavahe hüvitist. Hüpoteesi osa on seisukoht, et ostjal on õigus arvestada hinnavahe hüvitamist ka tulenevalt kahju hüvitamise regulatsiooni üldsätetest (VÕS § 127), samuti ei eelda õigus nõuda hinnavahe hüvitamist, et ostja oleks eelnevalt müügilepingust taganenud.

Kuigi töö eesmärk on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni eesmärgi ja olemuse väljaselgitamine, on autor püstitatud hüpoteesidele vastuste leidmisel pidanud seisma silmitsi VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni ning selle aluspõhimõtetega ulatuslikumalt. Nii käsitletaksegi töös VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni kitsaskohti laiemalt. Eelkõige puudutab see lepingust taganemise ja täitmisnõudega seotud regulatiivseid küsitavusi ning praktikas esile kerkinud probleeme. Iga külgneva üksikküsimuse käsitlemine ammendava põhjalikkusega ning soovitud

mahus ei ole töö mahuliste piirangute tõttu aga paratamatult võimalikuks osutunud, mistõttu tuleks selliseid märkusi ja kriitikat käsitleda eelkõige probleemkohtadele tähelepanu juhtimise ja edasiste mõttearenduste algatusena.

B. Uurimisküsimused

Töö uurimisküsimused tulenevad töö eesmärgist ja püstitatud hüpoteesidest. Töö kesksed uurimisküsimused on järgmised:

1. Millised on kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel eristamise eesmärgid? Miks on erinevate nõuete piiritlemine vajalik ja millised on sellega seotud võlausaldajale kaasnevad riskid?
2. Millised asjaolud õigustavad võlausaldajat nõudma kahju hüvitamist täitmise asemel ja kuidas on seejuures kaitstud võlgniku huvid?
3. Millise huvi tagamisele ja kahju hüvitamisele on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue suunatud ja kuidas ostja kahju arvestada? Millised on ostja nõude maksmapaneku ja selle ulatuse piirangud?
4. Kuidas erineb ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue lepingust taganemisest oma eesmärgi, kasutamise eelduste ja tagajärgede poolest? Kas ja mil määral saab lepingust taganemise tingimusi ja sellele ette nähtud piiranguid laiendada kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele?
5. Milline on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude suhe täitmisenõudesse ja lepingust taganemisse? Milline on ostja *ius variandi* lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude puhul?
6. Mis on VÕS § 135 järgse hinnavahe hüvitise regulatsiooni eesmärk ja milline on sätte suhe üldise kahju hüvitamise regulatsiooniga? Milline on abstraktselt ja konkreetselt arvestatud hinnavahe hüvitise omavaheline konkurents ja suhe ostja õigusse nõuda selle kõrval muude kahjude, sh saamata jäänud tulu, hüvitamist?
7. Miks on hinnavahe hüvitise arvestamine VÕS § 135 järgi seotud ostja poolt lepingust eelneva taganemisega? Millised on lepingust taganenud ostja võimalused arvestada hinnavahe hüvitist enneaegse asendustehingu järgi? Kas ja millistel tingimustel saab ostja arvestada hinnavahe hüvitist kahju hüvitamise täitmise asemel ja täitmise kõrval regulatsiooni alusel? Kas ostja võib nõuda hinnavahe hüvitamist ka lepingust taganemata?

C. Töö struktuur

Töö eesmärgid, hüpoteesid ja uurimisküsimused on aluseks doktoritöö struktuurile. Töö koosneb viiest peatükist. **Töö esimene peatükk** keskendub kahju hüvitamise täitmise asemel nõude üldistele küsimustele, otsides vastust küsimusele nõude eraldi-seisva reguleerimise eesmärkide ja vajaduse kohta. Analüüsi raames võetakse vaatluse alla, kuidas on lepingulise kohustuse rikkumisest tulenev kahju hüvitamise nõue leidnud reguleerimist VÕS-i õiguskaitsevahendite peatüki kujundamise eeskujuks olnud regulatsioonides, nagu CISG, PECL, PICC ja BGB, ja samuti uuritakse, millistel kaalutlustel põhineb VÕS-i lahendus, mis lubab võlausaldajal nõuda kahju hüvi-

tamist täitmise asemel reeglina üksnes kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Ühtlasi otsitakse vastust küsimusele, miks on vaja eristada kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel, kuidas erinevaid kahjusid piiritleda ning mis on piiritlemise tähendus ja tagajärjed. Selliselt puudutab töö esimene peatükk kahju hüvitamise täitmise asemel nõude üldküsimusi, mis tõusetuvad igakordselt sõltumata sellest, millist kohustust (sh kas lepingul või seadusjärgsel võlasuhtel põhinevat) võlgnik rikkunud on.

Töö teine ja kolmas peatükk on pühendatud ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku spetsiifilistele eeldustele:¹⁹ käsitlemisele tulevad nii nõude esitamise eeldused (üld- ja erijuhtumid) kui ka tavapäraseid nõudeõigust välistavad asjaolud, samuti analüüsitakse nõude ulatusega seotud piiranguid ning kahju arvestamise ja kahju kindlaksmääramise ajaga seotud küsimusi. Töö on struktureeritud lähtuvalt tüüpilistest müüja rikkumise koosseisudest. Töö teine peatükk keskendub ostja õigusele nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kohustuste mittetäitmisel, s.o asja üleandmise kohustuse või ostjale asja omandiõiguse võimaldamise kohustuse rikkumisel. Töö kolmandas peatükis analüüsitakse ostja nõudeõigust müüja kohustuste osalise täitmise, asja lepingutingimustele mittevastavuse ja kõrvalkohustuste rikkumisel. Seejuures omab töö teine peatükk osas, milles on käsitletud nõude maksmapaneku üldisi küsimusi (nagu täiendava tähtaja määramine ja selle edutu möödumine, täiendava tähtaja mitteandmise vajalikkus, nõude ulatusega seotud piirangud jm), n-ö üldosa tähendust. See tähendab, et osas, milles töö kolmandas peatükis ei ole ette nähtud erisusi, saab *mutatis mutandis* lähtuda töö teisest peatükist. Nii tulevadki nõude maksmapanekuga seotud üldised küsimused töö kolmandas peatükis käsitlemisele üksnes ulatuses, milles seadus näeb ette eriregulatsiooni tulenevalt käsitletava kohustuse rikkumise iseloomust.

Töö neljas peatükk on pühendatud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgedele. Küsimus õiguskaitsevahendi tagajärgedest on keskse tähendusega õiguskaitsevahendi kasutamise kasuks otsustamisel. Neljandas peatükis käsitletakse järgmisi probleemide ringe. Esiteks, kuidas suhestuvad omavahel kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja täitmisenõue: millised on võlausaldaja valikuvõimalused, õiguskaitsevahendi kasutamise tingimused, tähtaeg ja tagajärjed. Teiseks, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tähendus võlausaldaja vastusoorituskohustusele. Teisisõnu otsitakse vastust küsimusele, kas Riigikohtu väide nõude esitamisega kaasnevast samaaegsest lepingust taganemisest on dogmaatiliselt õigustatud. Selleks analüüsitakse mh kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguskaitsevahendi sarnasusi, nende eesmärgi, maksmapaneku tingimusi ja tagajärgi. Peatüki lõpetavad analüüs kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega kaasnevatest kõrvaltagajärgedest ning millised on võlausaldajale

¹⁹ Tulenevalt töö eesmärgist ei analüüsita doktoritöös ostja lepingulise kahju hüvitamise nõude üldisi eeldusi, nagu nt müügilepingu kehtivus, vastutus, kahju mõiste, põhjuslik seos jms. Kahju hüvitamise nõude üldiste eelduste kohta vt nt RKTKo 3-2-1-107-15, p 11; RKTKo 3-2-1-173-12, p 15; RKTKo 3-2-1-5-12, p 27, samuti vt VÕS Komm I/Kõve, § 115 kommentaarid, samuti VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115 kommentaarid.

ius variandi'st tulenevad õigused kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise kontekstis.

Töö viimane (viies) peatükk on pühendatud ostja õigusele nõuda hinnavahe hüvitamist. Hinnavahe hüvitamise nõude näol on tegemist tüüpilise olukorraga, kus ostja on loobunud müüja kohustuste täitmisest ning soovib lepinguga silmas peetud positiivse huvi rahuldamist kahju hüvitamise kaudu. Analüüsitakse, millised on ostja hinnavahe hüvitamise nõude maksmapaneku eeldused, tagajärjed ja piirangud. Samuti otsitakse vastust küsimusele, milline on konkreetset ja abstraktselt arvestatava hinnavahe hüvitise nõude omavaheline konkurents. Olulise teemade ringina käsitletakse küsimust sellest, kas VÕS § 135 näol on tegemist võlausaldaja jaoks eksklusiivse hinnavahe hüvitise arvestamist võimaldava regulatsiooniga või on ostjal õigus arvestada hinnavahe hüvitist ka tulenevalt kahju hüvitamise üldsätetest (VÕS § 127). Peatüki keskseks küsimuseks on, kas ostja saab nõuda hinnavahe hüvitamist ka eelnevalt lepingust taganemata. Töö viies peatükk on olulises ulatuses inspireeritud Riigikohtu praktikast ja selle raames tõusetunud kitsaskohtadest ning esitatud tõlgenduste küsitavustest.

D. Metoodika ja võrdlusmaterjali valik

Kuna autori eesmärk oli analüüsida kehtivat õigust, selgitada välja selle tähendus ja teha vajadusel muudatusettepanekud, on töö kirjutamisel peamine rõhk olnud dogmaatilisel meetodil. Võttes arvesse, et Eesti eraõiguse normid põhinevad olulises ulatuses välisriikide, eelkõige Saksa õigusel,²⁰ ning pidades silmas, et VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsioon on suuresti kujundatud CISG-i, PECL-i, PICC-i ja BGB eeskujul,²¹ on töös täiendavalt kasutatud ajaloolist ja võrdlevat meetodit.²² Ajaloolise meetodi kasutamine on olnud vajalik, et selgitada välja VÕS-i kahju hüvitamise nõude regulatsiooni kujunemine ja allikad. Võrdleva meetodi kasutamine aitab leida võrdlev-õiguslike põhjenduste kaudu täiendavaid argumente Eesti õiguse süstemaatika ja normide sisustamise kohta. Piiratud ressursi ja välja kujunemata (napi) algupärase õiguskirjandusega riikides, nagu Eesti seda paraku on, on võrdleval ja ajaloolisel analüüsil ulatuslikuma teadustöö kirjutamisel paratamatult keskne tähendus. Samuti annab võrdleva meetodi kasutamine võimaluse rääkida kaasa rahvusvahelises õiguskirjanduses ja võrrelda tulemusi laiemas kontekstis. Ka väljakujunenud Riigikohtu praktikas rõhutatakse võrdleva meetodi tähendust Eesti õiguses. Nii on Riigikohus märkinud, et teiste riikide analoogilisi seadusi ja praktikat võib eraõiguse normide korral arvestada võrdlusmaterjalina Eesti seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamisel.²³ Riigikohus on selgesõnaliselt pidanud VÕS-i tõlgendamisel võimalikuks

²⁰ Vrdl Kõve (2009), lk 16–17; AÕS Komm I/Kull, lk 2 jj; Tiivel (2009), lk 21; Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 24 jj; TsÜS eelnõu seletuskiri, p 2; AÕS muutmise eelnõu 989 SE, lk 22; VÕS eelnõu 116 SE, lk 194.

²¹ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 100, lk 310; VÕS eelnõu 116 SE, lk 194; Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 24–26.

²² Vt funktsionaalse võrdleva meetodi kohta põhjalikult Reimann/Zimmermann (2008), p 339 ff.

²³ Vt nt RKTko 3-2-1-103-08, p 20; RKTko 3-2-1-145-04, p 39; RKTko 3-2-1-123-11, p 15.

lähtuda eeskujuna Saksa õigusest.²⁴ Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni juured peituvad BGB-s, ongi töö keskne allikas Saksa õiguskirjandus ja kohtupraktika. Töö kirjutamisel on allikatena kasutatud eelkõige laialdaselt tunnustatud kommentaaride sarju, nagu Staudinger, MüKo, Soergel, Palandt jt, samuti tuntud autorite, nagu Lorenz, Huber, Schwarze, Looschelders, Schroeter, Schlechtriem jt artikleid ning autorile kättesaadavaks osutunud teadustöid. Kuigi Saksa õigus on oma allikais – nii heas kui halvas – põhjatu, on autor proovinud leida esindusliku valiku olulisematest seisukohtadest ja allikatest.

Teise keskse võrdleva allikmaterjali moodustavad CISG, PECL ja PICC ning vastav õiguskirjandus. Eelkõige CISG-i kommentaarid ja õigusteoreetilised käsitlused on andnud võimaluse analüüsida võrdlevalt VÕS-i hinnavahe hüvitamise regulatsiooni (VÕS § 135), samuti uurimuse käigus esile tulnud nn *remedy approach* lähene-misel põhineva õiguskaitsevahendite süsteemi ja lepingust taganemise regulatsioo-niga seotud kitsaskohti. CISG-i puhul on võrdlusmaterjalina kasutatud tunnustatud kommentaare, nagu Schlechtriem/Schwenzer, MüKoBGB, MüKoHGB, Staudinger, Soergel, Kröll, Ferrari jt. Kuna töö on dogmaatiline ning autor on seadnud peaes-märgiks analüüsida VÕS-i regulatsiooni tähendust, funktsionaalsust ja probleemkohti, on ka võrdlevaid allikaid käsitletud sellisest eesmärgist lähtuvalt. Autor rõhutab, et tööil puudub iseseisev võrdlevõiguslik ambitsioon. Sellest tulenevalt on piiritletud ka võrdlev allikmaterjal ning töö kirjutamisel on lähtutud regulatsioonidest, mis on olnud VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni koostamise eeskujuks (eelkõige CISG, PECL, PICC ja BGB).²⁵ Seetõttu on võrdlusest välja jäänud ka DCFR ja CESL kui oluliselt hilisemad ja seega VÕS-i regulatsiooni kujundamise juures tähendust mitte-omavad normistikud. Tarbijalemüügi²⁶ ja tarbija õiguste direktiivi²⁷ on töös käsitletud minimaalselt, kuna need ei reguleeri kahju hüvitamise nõuet. Sama kehtib Euroopa Komisjoni algatatud direktiivi ettepaneku osas, millega soovitakse reguleerida kau-pade internetimüügi ja muu kaugmüügi lepingutega seonduvaid teatavaid aspekte.²⁸

Kuna töö on dogmaatiline, siis moodustab kolmanda keskse allikate grupi kodu-mainine õiguskirjandus ja kohtupraktika. Nagu eelnevalt märgitud, kuna töö uurimis-esemeks olevad küsimused on riigisiselt suuresti läbi analüüsimata, on ka kodumaise kirjanduse maht tagasihoidlik, piirdudes eelkõige VÕS-i kommentaaride ja üksikute

²⁴ RKTKo 3-2-1-165-12, p 48.

²⁵ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 100, lk 310; VÕS eelnõu 116 SE, lk 194; Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 24–26.

²⁶ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ, 25. mai 1999, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta, ELT L 171/12, 07.07.1999 (edaspidi tarbijalemüügi direktiiv).

²⁷ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL, 25. oktoober 2011, tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ, ELT L 304/64, 22.11.2011 (edaspidi tarbija õiguste direktiiv), vrdl direktiivi preambula p 53.

²⁸ Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv COM(2015) 635final kaupade internetimüügi ja muu kaugmüügi lepingutega seonduvate teatavate aspektide kohta. V.a ettepaneku art 14, mis sätestab, et tarbijale peab olema tagatud puudustele tuginemise õigus kahe aasta jooksul (vrdl VÕS § 218 lg 2 ls 1).

artiklitega.²⁹ Märkida tuleb aga, et nii Eesti õiguskirjanduse kui ka kohtupraktika kasutamine analüüsi alusena on oluliselt raskendatud, kuna valdavalt fragmentaarselt esitatud väidete juures puudub kas täielikult õigusteoreetiline ja dogmaatiline põhistus või on see minimaalne. Selline asjaolu kinnitab veel kord võrdlevõigusliku allikmaterjali kasutamise möödapääsmatust ja vajalikkust.

E. Sama valdkonna teadustööd ja kasutatud allikad

Dissertatsiooni teemal ei ole Eestis seni ilmunud teadustöö tasemel uurimusi. Töö esemeks olev kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon on senini praktiliselt täielikult analüüsimata, piirdudes õiguskirjanduses ja kohtupraktikas esitatud üksikute väidetega. Sellest on tingitud ka võõrkeelse allikmaterjali keskne tähendus töö kirjutamisel. Töö esemest jääb täielikult välja võlgniku deliktiõiguslik vastutus, mille kohta on väitekirja tasandil kaitsnud teadustöö J. Lahe³⁰, M. Kingisepp³¹, I. Nõmm³². K. Sein doktoritöö „Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused”³³ käsitleb lepingulise kahjunõude ulatuse ja selle piiramisega seotud küsimusi (VÕS § 127), analüüsimata aga sügavamalt kahju hüvitamise nõudenormi (VÕS § 115) regulatsiooni. M. Käerdi doktoritöö³⁴ keskmeks on küsimus lepingulise ja deliktilise kahju eristamisest. U. Volensi doktoritöö³⁵ on pühendatud usaldusvastutuse kui iseseisva vastutussüsteemi ja selle avaldumismvormidele ning deliktilise ja lepingulise vastutussüsteemi piiritlemise küsimustele. Ükski viidatud töödest ei hõlma kahju hüvitamise nõudenormi põhjalikumalt analüüsi. P. Kalamehe doktoriväitekirja³⁶ keskendub hinna alandamise õiguskaitsevahendile ning kahju hüvitamise nõuet on selles käsitletud üksnes piiratud ja sedagi eelkõige õiguskaitsevahendite eristamise aspektist. Piirnevatest valdkondadest väärivad veel mainimist A. Hussari teadusmagistritöö teemal „Lepingu täitmine õiguskaitsevahendina”³⁷ ja Villu Kõve teadusmagistritöö „Lepingu ühepoolse lõpetamise võimalused Eesti õiguses (võrdlev käsitlus)”³⁸, kuid ka viidatud teadustööde fookus on doktoritöö uurimisesemest erinev. Autor on püüdnud läbi töötada kogu olulisema eestikeelse erialakirjanduse, mis töö esitamise ajaks ilmunud on.

Lõpetuseks on kohane refereerida tuntud Saksa õigusteadlase K. Larenzi sõnu, kes, otsides vastust küsimusele õigusteaduse tähendusest ja mõttest, küsis: „*millises teises teadusharus veel on võimalik, et konkreetsele küsimusele antud konkreetset vastust ei*

²⁹ Vt nt VÕS Komm I/Kõve, § 115 kommentaarid; Sein (2012); Kull/Käerdi/Kõve, lk 258–259; Värvi/Kalamees.

³⁰ Lahe (2005).

³¹ Kingisepp.

³² Nõmm.

³³ Sein (2007).

³⁴ Käerdi (2005).

³⁵ Volens (2011).

³⁶ Kalamees (2013).

³⁷ Hussar.

³⁸ Kõve (2003).

*ole võimalik käsitleda ühemõtteliselt õige või valena, vaid üksnes kui põhjendatud või esindusväärsena?”*³⁹ Ka käesoleva töö eesmärgiks ei ole leida ainuõigeid vastuseid. Vastuseid, mis oleksid kooskõlas kõigi erinevate teooriatega ja harmoneeruksid arvukate õigusteadlaste sageli vastuoluliste seisukohtadega, ei ole õigusteaduses võimalik anda. Seetõttu ongi käesolev töö üksnes autori arusaam kahju hüvitamise täitmise asemel nõude instituudist ja VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsioonist laiemalt. Autor soovib rõhutada, et töös esitatud mõtteavaldused ja kriitika ei ole suunatud kellegi vastu isiklikult, soovides olla üksnes osa õigusteoreetilisest diskussioonist ja selle edaspidiseks turgutajaks. Teadus võib olla küll provokatiivne ja ekslik, aga mitte kunagi ambitsioonitu. Teadus, mis ei tekita huvigruppides resonantsi ega kutsu tagasisidele ning uutele vaidlustele, on suuresti sisutühi.

Töö kirjutamisel on lähtutud õiguskirjandusest ja asjakohasest Riigikohtu praktikast seisuga 01. november 2016.

³⁹ Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 6.

1. KAHJU HÜVITAMISE TÄITMISE ASESEL NÕUDE REGULATSIOONI EESMÄRK JA NÕUDE PIIRITLEMINE KAHJU HÜVITAMISE NÕUDEST TÄITMISE KÕRVAL

Töö esimene peatükk keskendub kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni üldistele aspektidele. Vastust otsitakse küsimusele, millised on regulatsiooniga silmas peetud eesmärgid ja regulatsiooni kehtestamise vajadus. Analüüsimisele tuleb, kuidas on lepingulise kohustuse rikkumisest tulenev kahju hüvitamise nõue reguleeritud VÕS-i õiguskaitsevahendite peatüki eeskujuks olnud CISG-s, PECL-s, PICC-s ja BGB-s⁴⁰ ning millistel kaalutlustel põhineb VÕS-i lahendus, mis lubab võlausaldajal nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel reeglina üksnes võlgnikule kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Täiendavalt uuritakse, miks on kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel eristamine vajalik, kuidas erinevaid kahjusid piiritleda ning mis on sellise piiritlemise tähendus ja tagajärjed.

1.1 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude reguleerimine

Võlgniku poolt lepingulise kohustuse rikkumisel võlausaldajale ette nähtud õiguskaitsevahendite loetelu sätestab VÕS § 101. Võlausaldaja keskne õiguskaitsevahend on õigus nõuda kahju hüvitamist, mille maksmapaneku eeldusi reguleerib nõudenormina VÕS § 115.⁴¹ VÕS-i kohustuse rikkumise ja õiguskaitsevahendite regulatsioon ning süstemaatika põhineb CISG-i, PECL-i, PICC-i ja BGB eeskujul.⁴² VÕS § 115 lg 1, mis reguleerib võlausaldajale võlasuhte rikkumisest tulenevat kahju hüvitamise nõuet, näeb ette, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist *koos kohustuse täitmisega* või *selle asemel*. Sätte teise lõike kohaselt võib kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist nõuda pärast VÕS § 114 sätestatud täiendava tähtaja möödumist, v.a juhul, kui esinevad erandlikud asjaolud (lg 3). Kui kohustus seisneb teatud eseme tagastamises, võib kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist nõuda üksnes juhul, kui võlausaldaja on viivituse tõttu kaotanud huvi eseme tagastamise vastu (lg 2 ls 2).

Järgnevalt analüüsitakse, kuidas on lepinguline kahju hüvitamise nõue reguleeritud VÕS-i õiguskaitsevahendite peatüki eeskujuregulatsioonides ja millised on VÕS-i § 115 sätestamise lähtealused ning kujunemisallikad. Esmalt käsitletakse CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsiooni (ptk 1.1.1) ning seejärel uuritakse BGB vastavat normistikku (ptk 1.1.2). Analüüsitakse ka *remedy* ja *causa approach*'i tähendust õiguskaitsevahendite regulatsioonis (ptk 1.1.3). Alapeatüki lõpetab vahekokkuvõte, milles käsitletakse analüüsituga seotud olulisemaid järeldusi VÕS-i kontekstis.

⁴⁰ Bürgerliches Gesetzbuch (Saksamaa Liitvabariigi tsiviilseadustik), Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 3 des Gesetzes vom 24. Mai 2016 (BGBl. I S. 1190) geändert worden ist.

⁴¹ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391 jj; VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 435 jj; vt ka RKTko 3-2-1-5-12, p 27; RKTko 3-2-1-173-12, p 15; RKTko 3-2-1-129-13, p 22.

⁴² VÕS Komm I/Kõve, lk 310; VÕS Komm I (2016)/Kõve, lk 465.

1.1.1 Kahju hüvitamise nõue CISG-s, PECL-s ja PICC-s

CISG-s sätestab võlausaldaja (ostja) õiguse nõuda kahju hüvitamist art 45 lg 1 b). Kahju arvestamise põhimõtted ja ulatus on reguleeritud aga CISG-i artiklites 74–77.⁴³ CISG art 45 lg 1 p b) kohaselt võib võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist, kui on täidetud järgmised eeldused:

- 1) võlgnik on rikkunud kohustust (art 45 lg 1);
- 2) võlausaldajale on tekkinud kahju (art 45 lg 1, art 74);
- 3) kohustuse rikkumise ja kahju tekkimise vahel on põhjuslik seos (art 74);
- 4) kohustuse rikkumine ei ole vabandata (art 79).

PECL-s sätestab võlausaldaja õiguskaitsevahendite üldregulatsiooni ptk 8. Võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist tuleneb PECL 8. ptk ja 9. ptk viienda jao koostmõjust. PECL art 9:501 näeb võlausaldaja kahju hüvitamise nõude esitamisele ette neli tingimust:⁴⁴

- 1) võlgnik on rikkunud kohustust;
- 2) kahju;
- 3) põhjuslik seos;
- 4) vastutusest vabastamise aluse puudumine.

PICC-s on õiguskaitsevahendite üldregulatsioon sätestatud ptk-s 7, mille esimene alapeatükk käsitleb õiguskaitsevahendeid üldiselt ja neljas alapeatükk keskendub võlausaldaja õigusele nõuda kahju hüvitamist. PICC art 7.4.1 kohaselt võib võlausaldaja võlgniku poolt mis tahes kohustuse rikkumisel (*non-performance*) nõuda tekitatud kahju hüvitamist kas koos või sõltumata teiste õiguskaitsevahendite kasutamisest. Asjaolu, millist kohustust võlgnik on rikkunud, ei oma kahju hüvitamise nõude esitamisel tähendust.⁴⁵ PICC art 7.4.1 järgi võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist, kui on täidetud järgmised eeldused:

- 1) võlgnik on rikkunud kohustust (art 7.4.1; art 7.1.1);
- 2) võlausaldajale on tekkinud kahju (art 7.4.2–7.4.4);
- 3) kohustuse rikkumise ja tekkinud kahju vahel on põhjuslik seos (art 7.4.2);
- 4) ei esine vastutusest vabastamise aluseid (vääramatu jõud) (art 7.1.7).

Eelnevast nähtub, et võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist tekib CISG-s, PECL-s ja PICC-s sisuliselt identsetel eeldustel. Kahjunõude esitamiseks peab võlgnik olema rikkunud kohustust, võlausaldajale peab olema tekkinud kahju ning võlgniku rikkumise ja võlausaldajal kahju tekkimise vahel peab eksisteerima põhjuslik seos. Võlgnik vabaneb kahju hüvitamise kohustusest, kui rikkumine on põhjustatud vääramatust jõust. Eeltoodu ei anna aga vastust küsimusele, kuidas tuleb erinevates

⁴³ MüKoCISG/Huber, art 45, Rn 1; Bianca/Bonell/Will, art 45, Anm. 2.1.1.; SoergelCISG/Schubler-Langeheine, art 45, Rn 1.

⁴⁴ Wendehorst/Koch, S. 228.

⁴⁵ Vt PICC Comm, art 7.1.1, p 223–224, art 7.4.1, p 265–266.

regulatsioonides käsitleda kohustuse rikkumise mõistet ning millist mõju omab rikutud kohustuse liik võlausaldaja kahjunõudele.

CISG regulatsioon lähtub ühtsest kohustuse rikkumise mõistest ja seda sõltumata sellest, milles kohustuse rikkumine seisneb.⁴⁶ Nii tuleb näiteks müüja kohustuse rikkumise mõistet käsitleda laialt, s.o igasugune lepingust või konventsioonist tulenev rikkumine annab ostjale õiguse nõuda kahju hüvitamist.⁴⁷ Müüja kohustuse rikkumise juures ei ole seega oluline, kas rikkumine seisneb põhi- või kõrvalkohustuse rikkumises (art 35 jj, art 41 jj), soorituskohustuse või sooritust toetava kohustuse rikkumises (nagu kaupade märgistamine, kaitsekohustuste tagamine) või muu põhi- kohustuse täitmisega otseselt või kaudselt seotud kohustuse rikkumises.⁴⁸ Selliselt on iga rikkumine kahju hüvitamise nõude esitamise seisukohalt võrdse kaaluga ja piisav.

Ka PECL art 1:301 lg 4 järgi hõlmab võlgniku kohustuse rikkumine (*non-performance*) igasugust lepingust tuleneva kohustuse täitmata jätmist, mh mittekohast täitmist ja koostöökohustuse rikkumist. Nii sätestab PECL art 9:501 ühtse kahju hüvitamise nõudenormi, mille alusel kahjunõude esitamine sarnaselt CISG-ga ei sõltu võlgniku rikutud kohustuse või võlausaldajale tekkinud kahju liigist.⁴⁹ Kahjunõudega on hõlmatud nii soorituskohustuste kui ka muude kohustuste rikkumine, sh kaitsekohustuste rikkumisest tulenevad nõuded. Sarnastele põhimõtetele tuginevalt on reguleeritud ka PICC-i kahjunõude regulatsioon: võlausaldajal on õigus nõuda kahju hüvitamist sõltumata rikutud kohustuse liigist ja olulisusest.⁵⁰

Doktoritöö eseme ja eesmärgi seisukohalt on oluline välja tuua, et erinevalt VÕS §-st 115 ei erista ükski viidatud regulatsioonidest võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval kahjunõudest täitmise asemel (vrdl VÕS § 115 lg 2–3).⁵¹ Samuti ei näe CISG, PECL ega PICC ette eriregulatsiooni viivituskahjude maksmapanekuks.⁵² Kõik regulatsioonid sätestavad üheainsa keskse kahjunõude, mis hõlmab võlausaldaja kõigi kahjude hüvitamist: õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval, täitmise asemel ja viivituskahju.⁵³ Selliselt saab võlausaldaja kahjunõude üldiste eelduste täidetuse korral nõuda kõigi kohustuse rikkumisega põhjuslikus seoses olevate kahjude hüvitamist ning seda sõltumata rikutud kohustusest, kohustuse rikkumise liigist ja tekkinud kahju sisust. Ühtlasi tähendab see, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval ja täitmise asemel samade eelduste esinemisel.⁵⁴

⁴⁶ StaudingerCISG/Magnus, art 45, Rn 10; MüKoCISG/Huber, art 45, Rn 4.

⁴⁷ SoergelCISG/Dettmeier, Vor Art 74, Rn 2; Huber/Mullis/P. Huber, S. 257; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 4.

⁴⁸ MüKoCISG/Gruber, art 31, Rn 7–10; StaudingerCISG/Magnus, art 31, Rn 17; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 4.

⁴⁹ Vt ka von Bar/Zimmermann, S. 528 ff, S. 533.

⁵⁰ Vt PICC Comm art 7.1.1, p 223–224, art 7.4.1, p 265–266.

⁵¹ Vt võrdlevõiguslikult ka Vogg, S. 158 ff, S. 171 ff, S. 187 ff.

⁵² Vrdl BGB § 286, täpsemalt ptk 1.1.2.

⁵³ Vt nt MüKoCISG/Huber, art 45, Rn 4, Rn 13; StaudingerCISG/Magnus, art 74, Rn 41; MüKoCISG/Huber, art 45, Rn 4, Rn 13; StaudingerCISG/Magnus, art 45, Rn 10.

⁵⁴ Eelkõige puudutab see võlausaldaja õigust nõuda müügieseme puudustest tingitud kahju hüvitamist täitmise asemel (nt puuduse kõrvaldamisest või väärtuse vähenemisest tingitud kahju). Probleemsem on võlausaldaja õigus nõuda koheselt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, nt õigus nõuda hinnavahe hüvitamist, vt selle kohta ptk 5.

Põhimõtteliselt võib võlausaldaja nõuda võlgnikult kohe ka kahju hüvitamist täitmise asemel, kuid oma huvide kaitseks võib võlgnikul üksikjuhtumil olla õigus oma rikkumine heastada ja vältida seeläbi kahju hüvitamise kohustust.⁵⁵ See ei muuda aga võlausaldaja kahju hüvitamise nõuet CISG-s, PECL-s ja PICC-s aga nn sekundaarseks õiguskaitsevahendiks.⁵⁶

Hüvitamisele kuuluva kahju ulatuse ja selle arvestamise juures lähtuvad nii CISG, PECL kui ka PICC diferentsihüpoteesi põhimõttest⁵⁷ ja piiravad kahju hüvitatavust ettenähtavuse reeglga.⁵⁸

1.1.2 Kahju hüvitamise nõue BGB-s

Õiguskirjanduses märgitakse, et VÕS § 115 regulatsiooni kesksedeks eeskujusäteteks on BGB §-d 280–281, mis reguleerivad võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist, kui võlgnik rikub võlasuhtest tulenevat kohustust.⁵⁹ Kahjunõude esitamine eeldab, et võlgnik vastutab kohustuse rikkumise eest, st võlgnik on kohustust rikkunud süüliselt (BGB § 276).⁶⁰ BGB eristab §-des 280–286 järgnevaid kahjunõudeid.⁶¹

- a) **võlausaldaja üldine õigus** nõuda võlasuhtest tuleneva kohustuse rikkumise korral tekkinud kahju hüvitamist on sätestatud BGB § 280, mis näeb ette võlausaldajale õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval (nn *einfaches Schaden*);⁶²
- b) **võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel** (BGB §-d 281–283): BGB § 281 (koosmõjus §-ga 280) sätestab võlausaldaja õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel võlgniku poolt kohustuse täitmata jätmisel ja mittekohasel täitmisel (*Schadensersatz statt der Leistung*); BGB § 282 (koosmõjus §-ga 280) näeb ette võlausaldaja õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (*Schadensersatz statt der Leistung*) kaitse-, selgituskohustuste ja muude sarnaste kohustuste rikkumisel; BGB § 283 (koosmõjus §-ga 280) reguleerib võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, kui võlgniku kohustuse täitmine on võimatu.

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude juures eristavad BGB §-d 281–283 lähtuvalt nõude ulatusest võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist *täitmise asemel* (*Schadensersatz statt der Leistung*) ja *kogu täitmise asemel* (*Schadenser-*

⁵⁵ Vt ka Pavelts/Sein, p 149 ff; Sein (2012), lk 718 jj; CISG-i kohta art 37 ja 48, PECL-i kohta art 8:104, PICC-i kohta art 7.1.4.

⁵⁶ Vt Pavelts/Sein, p 150 ff.

⁵⁷ PICC-i osas vt PICC Comm, art 7.4.2, p 266 ff; CISG-i osas nt MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 10 ff; PECL-i osas vt PECL Comm, art 9:502, p 438–441.

⁵⁸ Vt kahju ettenähtavuse põhimõtte kohta põhjalikult Sein (2007), ptk 3; Sein (2003), lk 243 jj.

⁵⁹ VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 391; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 590.

⁶⁰ Vt BeckOK/Unberath, § 280, Rn 31–34, § 276, Rn 5 ff. BGB § 276 lg 1 järgi võib seadusest, poolte kokkuleppest või võlasuhte iseloomust tuleneda võlgniku kõrgendatud või kitsendatud vastutuse määra, eelkõige garantii või hankimise riisiko ülevõtmisel; vt selle kohta MüKo 7/Grundmann, § 276, Rn 171–180, mittekohase täitmisega seotud vastutuse võimalike erisuste kohta vt põhjalikult Ehmann, S. 165 ff.

⁶¹ Kahjunõuete täpse eristamise kohta vt Clevinghaus, S. 42 ff; MüKo 7/Ernst, § 280, Rn 68–74.

⁶² Vt Jauernig/Stadler, § 280, Rn 3 ff; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 25 ff.

satz statt der ganzen Leistung). Esimest tähistatakse Saksa õiguskirjanduses sageli kui „väike kahju” ja teist kui „suur kahju”.⁶³

Täiendavalt eristatakse võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel vastavalt sellele, kas võlgniku kohustuse rikkumine seisneb *mitte-täitmises, osalises täitmises* või *mittekohases täitmises* (BGB § 281 lg 1). Osalise täitmise puhul võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal puudub osalise täitmise vastu huvi (BGB § 281 lg 1 ls 2, § 283). Mittekohase täitmise puhul ei või võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui rikkumine on ebaoluline (vähene) (BGB § 281 lg 1 ls 3, § 283). Kaitse-, selgituskohustuste ja muude sarnaste kohustuste rikkumisel võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui võlausaldajalt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada, et ta nõustub võlgniku poolt soorituste tegemisega.⁶⁴

- c) **viivituskahjude hüvitamise nõue** on sätestatud BGB §-s 286 (koosmõjus §-ga 280), mille kohaselt saab võlausaldaja viivituskahjude hüvitamist reeglina nõuda üksnes juhul, kui võlausaldaja on võlgnikku eelnevalt hoiatanud. Erandid, mil viivituskahjude nõudmiseks ei ole võlgniku eelnev hoiatamine vajalik, sätestab BGB § 286 lg 2;
- d) eraldiseisvalt on reguleeritud ka võlausaldaja õigus nõuda **kasutuks osutunud kulutuste** hüvitamist (BGB § 284) ja võlausaldaja õigus nõuda võlgnikult sellise hüvitise väljaandmist, mille võlgnik on omandanud täitmise eseme asemel (BGB § 285).⁶⁵

Sellisel erineb BGB kahju hüvitamise nõude regulatsioon CISG-i, PECL-i ja PICC-i omast järgmistes aspektides. Esiteks sätestab BGB erinevad kriteeriumid erinevat liiki kahjunõuetele, eristades võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval (BGB § 280 lg 1) ja täitmise asemel (BGB § 281–283) ning viivituskahju hüvitamist (BGB § 286). CISG, PECL ja PICC seevastu lähtuvad ühtsest kahju hüvitamise nõudest. Teiseks ei lähtu BGB kohustuse rikkumise ühtsest mõistest,⁶⁶ vaid eristab võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist sõltuvalt kohustuse rikkumise põhjusest (nn *causa approach*) ja rikutud kohustuse liigist.⁶⁷ Nii eristab BGB võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude juures võlausaldaja nõudeõigust võlgniku poolt kohustuste mittetäitmisel, osalisel täitmisel ja mittekohaselt täitmisel (BGB 281), samuti kohustuse täitmise võimatuse korral (vrđl BGB § 283). BGB § 282 reguleerib omakorda võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel võlgniku kaitsekohustuste ja muude sarnaste (mittesooritus)kohustuste rikkumisel. Kolmandaks, erinevalt teistest regulatsioonidest, mis sätestavad garantiivastutuse,

⁶³ Suure ja väikese kahju mõiste kohta vt täpsemalt ptk 1.3.3.

⁶⁴ Vt põhjalikult MüKo/Ernst, § 282, Rn 1–11.

⁶⁵ Vrđl VÕS § 108 lg 7. Lisaks võib välja tuua, et VÕS-s ei ole reguleeritud lepingulise suhte raames õigust nõuda kasutuks osutunud kulutuste (negatiivne kahju) hüvitamist.

⁶⁶ Mis on omane nn *remedy approach*’ist lähtuval õiguskaitsevahendite regulatsioonile, vt ptk 1.1.3.

⁶⁷ Selline lähenemine ei ole küll absoluutne, vt täpsemalt ptk 1.1.2.

eeldab BGB kahjunõude maksmapanek, et võlgnik on rikkunud kohustust süüliselt (nn süüprintsip ehk *Verschuldensprinzip*) (BGB § 276) ning garantiivastutusele omane kõrgendatud vastutusstandard tuleb kõne alla üksnes erandlikult.⁶⁸ Kui võlgnik ei ole kohustuse rikkumises süüdi, ei saa võlausaldaja maksma panna kahju hüvitamise nõuet, kuid võib kasutada siiski teisi õiguskaitsevahendeid, nt lepingust taganeda (BGB § 323).⁶⁹ Neljas oluline erinevus on, et erinevalt CISG-st, PECL-st ja PICC-st puudub BGB-s heastamise regulatsioon.⁷⁰ Selle asemel – kuid suuresti sama eesmärgi silmas pidades – sätestab BGB täiendava tähtaja andmise nõude, lubades võlausaldajal täitmissuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid reeglina kasutada üksnes täiendava tähtaja edutul möödumisel.⁷¹

Eraldi on oluline rõhutada, et sarnaselt VÕS-le on ka BGB järgi võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel piiratud kõrgendatud eelduste esinemisega. Kui kahju hüvitamist täitmise kõrval saab võlausaldaja nõuda tingimusel, et võlgnik on rikkunud võlasuhtest (nt leping) tulenevat kohustust, rikkumine on süüline, võlausaldajale on tekkinud kahju ja see on võlgnikule omistatav,⁷² siis *kahju hüvitamist täitmise asemel* võib võlausaldaja nõuda üksnes juhul, kui ta on määranud võlgnikule täiendava tähtaja ja see on edutult möödunud (BGB § 280 lg 3 ja § 281 lg 1). Võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ilma täiendavat tähtaega määramata tuleb kõne alla erandlikult ja üksnes juhul, kui võlgnik on lõplikult keeldunud kohustuse täitmisest või kui esinevad muud erilised asjaolud, mis poolte huvisid kaaludes õigustavad võlausaldajat koheselt nõude esitama (vrldl BGB § 281 lg 2).

Kuna BGB eristab kahju hüvitamise nõuet täitmise asemel ja nn lihtsat kahjunõuet täitmise kõrval, siis näeb BGB § 281 lg 4 ette ka eriregulatsiooni nõude esitamise tagajärgedele, mille järgi lõpetab nõude esitamine võlausaldaja täitmisnõude. Võlausaldaja poolt kahju kogu täitmise asemel nõude esitamisel võib võlgnik nõuda võlausaldajale täitmisena üleantu tagastamist lepingust taganemise sätete järgi (BGB § 281 lg 5, § 283 koosmõjus §-dega 346–348). Hüvitamisele kuuluva kahju ulatuse kindlaksmääramisel lähtub BGB sarnaselt teiste regulatsioonidega diferentsihüpoteesi põhimõttest.⁷³

⁶⁸ Vt Jauernig/Stadler, § 276, Rn 1 ff, Rn 8 ff; BeckOK/Unberath, § 276 Rn 1, Rn 35–43; Schwarze, § 34, Rn 6 ff.

⁶⁹ Vt Palandt/Grüneberg, § 323, Rn 1; BeckOK/H. Schmidt, § 323, Rn 1.

⁷⁰ Vt *remedy approach*’i ja *causa approach*’i erinevuste kohta täpsemalt ptk 1.1.3; vrldl PECL art 8:104, CISG art 37 ja art 48 ning PICC art 7.1.4, samuti vrldl VÕS § 107. Osa Saksa autoreid on seisukohal, et BGB-s saab võlgniku heastamise õiguse tuletada täiendava tähtaja (*Nachfrist*) regulatsioonist (BGB § 282 lg 1, § 323 lg 1), vt Schroeter (2007), S. 28 ff. Tegemist ei ole siiski valitseva arvamusega.

⁷¹ Vrdl kahju hüvitamise täitmise asemel nõude osas BGB § 281, lepingust taganemise osas BGB § 323 ja hinna alandamise osas BGB § 437 p 2 ja § 441; hinna alandamise kohta vt ka Kalamees (2013), lk 123 jj, 133 jj; RKTko 3-2-1-156-11, p 20; täiendava tähtaja eesmärgi osas vt ptk 1.2, samuti Schroeter, S. 29 ff.

⁷² Vt täpsemalt Jauernig/Stadler, § 280 komm, Palandt/Grüneberg, § 280, komm; Soergel/Benicke/Hellwig, § 280 komm jt.

⁷³ Vt nt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 240 ff; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 4, Rn 8; Emmenrich, § 13, Rn 8 ff; Hirsch, S. 289 ff.

1.1.3 Remedy approach vs. causa approach

VÕS sätestab §-s 100 ühtse kohustuse rikkumise mõiste, võttes selliselt eeskju CISG-st, PECL-st ja PICC-st.⁷⁴ Kohustuse rikkumise ühtsest mõistest lähtumine tähendab, et võlgniku rikkumine võib seisneda talle võlasuhtest tuleneva mis tahes kohustuse rikkumises, olgu selleks põhi- või kõrvalkohustuste rikkumine, samuti võib rikkumine seisneda selliste põhikohustust täitmist toetavate kohustuste, nagu kaitse-, kaasaaitamis-, koostöö- vms kohustuse rikkumises.⁷⁵ Võlausaldajal on õigus pöörduda õiguskaitsevahendite poole sõltumata sellest, millist kohustust võlgnik on rikkunud või millest rikkumine on tingitud.⁷⁶ Selles osas on iga kohustuse rikkumine võrdse tähendusega.

Õigusteoorias tähistatakse sellist õiguskaitsevahendite regulatsiooni ülesehitust, kus regulatsiooni keskmeks on ühtne kohustuse rikkumise mõiste ja kohustuse rikkumise põhjus (*causa*) ei oma tähendust, *remedy approach*'ina.⁷⁷ Sellele vastandatakse reeglina nn *causa approach*, mille keskmeks on kohustuse rikkumise põhjus (*causa*) ning õiguskaitsevahendite regulatsioon on üles ehitatud lähtuvalt rikkumise põhjusest ja seda iseloomustavatest asjaoludest. Nii näiteks võidakse eristada kohustuse täitmise algset ja lepingu sõlmimise järgset täitmise võimatust, samuti mittekohases täitmises või viivitusel seisnevat rikkumist ning kaitsekohustuste rikkumist. Tüüpilise näitena *causa* põhimõttel üles ehitatud õiguskaitsevahendite regulatsioonist tuuakse BGB võlaõiguse reformi eelne (enne SMG⁷⁸ jõustumist kehtinud) regulatsioon, mis diferentseeris võlausaldaja õiguskaitsevahendite kasutamise õigust lähtuvalt rikkumise põhjusest (*causa*'st), kusjuures sõltuvalt rikkumise põhjusest võis erineda ka rikkumise kaasnev õiguslik tagajärg.⁷⁹ Kuigi suuresti reformitud, võib BGB-st endiselt leida mõningaid *causa approach*'i tunnusoone.⁸⁰ Nii näiteks eristatakse kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku eeldusi lähtuvalt sellest, kas kohustuse rikkumine on kõrvaldatav (BGB § 281), osutunud võimatuks või on täitmisnõue lõppenud (BGB § 283) või on võlgnik rikkunud kõrvalkohustusi (BGB § 282). Eraldiseisvalt on reguleeritud ka õigus nõuda viivituskahju, mis eeldab reeglina võlgniku eelnevat hoiatamist (vt BGB § 286). Õiguskirjanduses on avaldatud arvamust, et vaatamata võlaõiguse reformile ei ole BGB õiguskaitsevahendite süsteemist kõrvaldatud

⁷⁴ Vt VÕS Komm I/Köve, § 100, lk 311; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 100, lk 467–468; vrdl CISG art 45, PECL art 1:301 lg 4, art 8:101, PICC art 7.1.1.

⁷⁵ Vrdl VÕS Komm I/Köve, § 100, lk 311–312; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 100, lk 467–468; vt ka RKTko 3-2-1-122-05, p 18. Kõrvalkohustuste kohta vt ptk 3.3.1.

⁷⁶ CISG-i kohta vt Ziegler, S. 29; PECL kohta vt von Bar/Zimmermann, art 1:301, p. D; PICC kohta vt PICC Comm, art 7.1.1, p 223–224.

⁷⁷ Vt Düchs, S. 53–54; Schauer, S. 629 ff.

⁷⁸ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts of 26 November 2001, BGBl I, 3138 ff (edaspidi SMG), jõustunud 01.01.2002.

⁷⁹ Düchs, S. 51 ff; nn *causa approach* ei olnud vanas BGB-s absoluutne, kuid on siinkohal illustreerivaks näiteks kaasaegsete mudelregulatsioonide ja CISG-ga võrdlemise kontekstis; vt BGB moderniseerimise põhjuste ja selle mõjust õiguskaitsevahendite süsteemile ülevaatlilikult Markesinis/Unberath/Johnston, p 379 ff; Zimmer, S. 1 ff. Kriitiliselt BGB reformi osas vt Zimmermann (2002); Lando (2003), S. 230 ff.

⁸⁰ Düchs, S. 51 ff; Schwenzer/Hachem, p 462; Markesinis/Unberath/Johnston, p 386 ff.

erinevaid kohustuse rikkumist tingivaid asjaolusid ega pöördunud kohustuse rikkumise ühtse mõiste poole.⁸¹

Eeltoodud vahetegemine ei kujuta üksnes intrigeerivat õigusteoreetilist finessi, vaid sellel on tegelik oluline tähendus mõistmaks VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni süstemaatikat ja selle eripärasid. Kuna VÕS lähtub *remedy approach*'ile omasest kohustuse rikkumise ühtsest mõistest, eristamata, kas rikutud kohustuse näol on tegemist põhi-, kõrval- või näiteks koostöö- või kaitsekohustuse rikkumisega, annab iga kohustuse rikkumine võlausaldajale põhimõtteliselt õiguse pöörduda õiguskaitsevahendite poole. Ühtlasi tähendab see, et seaduse süstemaatika kohaselt tuleb iga kohustuse rikkumist käsitleda võrdväärseina. See ei tähenda kahtlemata, et igal kohustuse rikkumisel oleks *a priori* võrdne kaal. Küll aga tuleneb sellest, et iga kohustuse rikkumine saab rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul mõõdumisel n-õ kasvada oluliseks rikkumiseks. Sellise põhimõtte sätestab VÕS § 116 lg 2 p 5, mis ühemõtteliselt näeb ette, et võlgniku rikkumine loetakse oluliseks mh siis, kui võlgnik ei täida oma *ükskõik millist* kohustust täiendava tähtaja jooksul. Seega võib iga kohustuse rikkumine, sõltumata rikutud kohustuse liigist ja selle põhjusest, muutuda oluliseks rikkumiseks ja anda võlausaldajale õiguse lepingust taganeda (VÕS § 116 lg 2 p 5), leping üles öelda (VÕS § 116 lg 6, § 196 lg 2) või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (VÕS § 115 lg 2). Müügi- ja töövõtulepingu regulatsioon kordab sellist põhimõtet VÕS §-des 223 ja 647, mille kohaselt loetakse võlgnik (müüja või töövõtja) müügieseme või töö lepingutingimustele mittevastavuse korral lepingut oluliselt rikkunuks mh siis, kui rikkumise kõrvaldamine ei ole võimalik, see ebaõnnestub, võlgnik keeldub rikkumist kõrvaldamast või ei tee seda mõistliku aja jooksul talle asja või töö lepingutingimustele mittevastavusest teatamisest. Kõigil eeltoodud juhtudel on võlausaldajal õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel *sõltumata sellest*, kas rikutud kohustus oli oluline, ebaoluline või isegi marginaalne.⁸² Võlausaldaja õigustele seab piirangud õiguste kuritarvitamise keeld, mis võib erandjuhul keelata võlausaldajal õiguste kasutamise. See eeldab aga reeglina võlausaldaja teadlikku pahatahtlikku tegutsemist ning saab tulla kõne alla üksnes erandlikult. Tõlgendamise üldiste põhimõtete tõttu tuleb erandlikke asjaolusid käsitleda kitsendavalt.

1.1.4 VÕS-i hübriidlahendus

Eelneva põhjal saab väita, et VÕS-i kahju hüvitamise nõue on omapärane segu BGB ja CISG-i, PECL-i ning PICC-i põhimõtetest. Nii eristab VÕS ühelt poolt BGB eeskujul

⁸¹ Lorenz (2001), S. 742; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 280, Rn 10 ff.

⁸² Vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 402 ja VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 611, kus Kõve märgib, et ilmselt ei ole õiglase tulemus, kus võlausaldaja võib täiendava tähtaja edutul mõõdumisel taganeda lepingust ka juhul, kui rikutud kohustus on vähetähtis. Autor on iseenesest nõus, et VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsioon on *de lege lata* problemaatiline. Kõve tõlgendust ei toeta aga seaduse regulatsioon. VÕS § 116 lg 2 sätestab üheselt, et *eelkõige* on lepingurikkumine oluline, kui esinevad lg 2 p-des 1–5 toodud asjaolud. Eelkõige (ehk eesti keeles *ennekõige, kõigepealt*) tähendab, et VÕS § 116 lg 2 asjaolude esinemisel võib võlausaldaja alati taganeda lepingust.

võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval ja täitmise asemel (VÕS § 115), teiselt poolt lähtub VÕS-i õiguskaitsevahendite süsteem aga CISG-le, PECL-le ja PICC-le omasest ühtsest kohustuse rikkumise mõistest (nn *remedy approach*), eristamata põhi- ja kõrvalkohustuste rikkumist. Iga kohustuse rikkumine, sõltumata selle liigist ja põhjusest, annab õiguse nõuda kahju hüvitamist. Oluline on rõhutada, et eelnev kehtib VÕS-s ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude suhtes. Sellest tuleneb, et kui VÕS § 115 räägib võlausaldaja õigusest nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, hõlmab see kõiki võlgniku kohustusi ja rikkumiste juhtumeid (nn *remedy approach*). Selliselt on VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon hübriid erinevatest põhimõtetest ja regulatsioonidest, mis raskendab selle mõistmist. Kui ühest küljest lähtub VÕS kohustuse rikkumise ühtsest mõistest, siis teisest küljest põhineb VÕS-i kahju hüvitamise nõudenorm BGB regulatsiooni loogikal, eristamata samal ajal aga võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel sõltuvalt sellest, kas rikutud on põhi- või kõrvalkohustust, sh nt koostöö-, selgitamis-, kaitse- vms kohustust.

Märkimisväärne on, et erinevalt BGB-st ei erista VÕS võlausaldaja õiguse juures nõuda kahju hüvitamist *kogu täitmise asemel* erinevaid asjaolusid ja kohustusi, millisest tingituna võlausaldaja nõude esitab (vrldl BGB § 281–283). See tähendab omakorda, et iga rikkumist tuleb käsitleda võrdväärseks (nn *remedy approach*) ja ka kõrvalkohustuse rikkumine võib anda võlausaldajale õiguse esitada nõue kogu täitmise asemel. Et eelnevalt kirjeldatud erinevate regulatsioonide segu on VÕS-i läbiv tunnus, kinnitab ka VÕS § 116 lg 2 p 5, mille järgi võib võlausaldaja lepingust taganeda, kui võlgnik ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*. Seega võib võlausaldaja lepingust taganeda sõltumata sellest, kas rikutud on põhi- või kõrvalkohustust, samuti sõltumata sellest, kas rikkumine on materiaalselt oluline või ebaoluline.⁸³ Kas VÕS-i regulatsioon on mõistlik ja õigustatud, on eraldi küsimus, millel peatutakse edaspidi.

Töö eseme ja eesmärgi osas on eeltoodu oluline mh seetõttu, et see määratleb allikad, millest tuleb kahju hüvitamise täitmise asemel nõude olemuse ja põhikontseptsioonide väljaselgitamisel lähtuda. Kuna VÕS § 115 regulatsioon põhineb BGB §-de 280–281 eeskujul, tuleb ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude olemuse ja sisu mõistmiseks lisaks Eesti allikatele pöörduda eelkõige Saksa õiguse teoreetilise kirjanduse ja kohtupraktika poole.

1.2 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eraldiseisva reguleerimise eesmärk

Nagu eelnevalt tõdetud, on VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni eeskujuks olnud CISG-st, PECL-st, PICC-st ja BGB-st kahju hüvitamise täitmise asemel nõue leidnud eraldiseisvat reguleerimist üksnes BGB-s. Sarnaselt BGB § 281 lg 1 võib võlausaldaja VÕS § 115 lg 2 järgi nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel reeglina üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Sellise teadmise

⁸³ Vt täpsemalt ptk 2.4; sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

kontekstis tõuseb paratamatult esile küsimus, et mis on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eraldiseisva reguleerimise ning täiendava tähtaja määramise nõude eesmärk. Alljärgnev analüüs keskendubki selle väljaselgitamisele.

Kodumaises õiguskirjanduses märgitakse, et selle regulatsiooni eesmärk, mille kohaselt saab võlausaldaja reeglina nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes pärast võlgnikule kohustuse täitmiseks määratud täiendava tähtaja edutul möödumist, on täiendava tähtaja teel anda võlgnikule n-ö *viimane võimalus* teha hilinenud sooritus või soorituse puudused kõrvaldada.⁸⁴ Alles täiendava tähtaja edutul möödumisel, millega loetakse kohustuse rikkumine oluliseks (VÕS § 116 lg 2 p 5), on täitmissuhte lõpetamine õigustatud. Seejuures märgitakse, et täiendava tähtaja regulatsiooni põhi-eesmärk on võlausaldaja jaoks lepingu lõpetamise ja kahju täitmise asemel nõude esitamise lihtsustamine juhuks, kui võlgniku rikkumise olulisus on vaieldav.⁸⁵

Kuna **VÕS § 115 regulatsioon põhineb BGB eeskujul**,⁸⁶ on regulatsiooni eesmärkide väljaselgitamisel kohane pöörduda täiendavalt vastava Saksa õiguse dogmaatika poole. Saksa õiguses on õiguskaitsevahendite kasutamise keskne põhimõte, et võlgnikule tuleb anda kohustuse täitmiseks „teine võimalus” („*zweite Chance*”)⁸⁷ või ka viimane võimalus.⁸⁸ Eelkõige puudutab see müüja ja töövõtja lepingutingimustele mittevastavat sooritust. Selleks näeb BGB võlgnikule ette õiguse teiseseks soorituseks („*das Recht zur zweiten Andienung*”), mis õigustehniliselt saavutatakse seeläbi, et enne täitmisnõuet lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamist tuleb võlausaldajal anda võlgnikule täiendav tähtaeg kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks.⁸⁹ Nii on tagatud täitmissuhte säilimine vähemalt antud täiendava tähtaja perioodiks.⁹⁰ Selliselt näebki BGB ette, et õigus kasutada täitmissuhte lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, nagu nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (BGB § 281), taganeda lepingust (BGB § 323) ja alandada hinda (BGB § 437 p 2, § 441), saab võlausaldaja reeglina üksnes täiendava tähtaja edutul möödumisel.

Müüjale teise soorituse ehk järeltäitmise (heastamise) õiguse kasutada andmisel on kolm peamist funktsiooni. Esimene funktsioon on lepingu (täitmissuhte) säilitamine ja soov piirata võlausaldaja õigust leping lõpetada (nt lepingust taganeda) ning vältida seeläbi negatiivseid majanduslikke tagajärgi, mis võlgnikule lepingu lõpetamisega kaasnevad.⁹¹ Selline kaalutus põhineb seadusandja arusaamal, et võlgniku poolt mittekohase soorituse tegemisel ei ole reeglina võlausaldaja usk võlgniku sooritusvõimesse niivõrd ulatuslikult kahjustatud, et võlausaldajalt ei võiks mõistlikult

⁸⁴ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 393, samuti § 114, lk 388; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 595; sarnaselt Kull/Käerdi/Kõve, lk 230–231.

⁸⁵ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 387; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 584; sarnaselt Kull/Käerdi/Kõve, lk 230.

⁸⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590.

⁸⁷ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 9; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 81 ff; Ackermann, S. 866; BGH NJW 2008, 1371, Rn 19.

⁸⁸ Riehm (2015), S. 281; Mankowski, S. 453; Schwarze, S. 210 ff.

⁸⁹ Höffmann, S. 42; vt ka Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 2; vt ka Skamel, S. 671 ff; Lorenz (2006), S. 1175 ff.

⁹⁰ Höffmann, S. 42.

⁹¹ Brömmelmeyer, S. 493; BT-Drucks. 14/6040, S. 221; P. Bydlinski, S. 129.

eeldada, et ta nõustub lepingu täitmisega võlgniku poolt. Seega hoiab lepingu kohese lõpetamise piirang ära ebamõistlike kulude tekkimise (eelkõige võlgniku kanda jäävad transpordikulud ning müügieseme turul võõrandamisega kaasnevad lisakulud), mis oleks lõppastmes ebamõistlik ka rahvamajanduslikult.⁹² Selliselt peab täiendava tähtaja andmise nõue soodustama lepingu algselt kokkulepitud ulatuses läbiviimist ja lepingujärgse positiivse programmi realiseerumist. Müügilepingu puhul seisneb see eelkõige müüja võimaluses täita võlgnetav kohustus natuuras ja teenida nii kogu lepingust oodatav ostuhind.⁹³ Ühtlasi saab müüja (võlgnik) vähendada talle tekkivaid kahjusid, mis kaasneksid juhul, kui ostja (võlausaldaja) laseks puudused kõrvaldada kolmandal isikul.⁹⁴ Seevastu täitmisnõuet lõpetavate õiguskaitsevahendite puhul jääb müüja (võlgnik) vähemasti osaliselt ilma lepingust oodatud kasust. Kuna puuduse kõrvaldamine või asendustäitmine on enamikul juhtudel võimalik ja ka võlgnikule kasulik, saab *prima vista* lähtuda eeldusest, et järeltäitmise (heastamise) õigus teenib eelkõige võlgniku huve.⁹⁵

Teiseks täiendava tähtaja ülesandeks on selle turustus- ehk müügifunktsioon, millega soovitakse müüjat säästa ostja poolt lepingust taganemise või kahju kogu täitmise asemel nõude esitamiseiga kaasnevast soorituse tagasivõtmise kohustusest (BGB § 281 lg 5, § 346; vrdl VÕS § 115 lg 3 ja § 189), samuti võimaldada müüjale võõrandada müügiese.⁹⁶ Kui müüja võtab müügieseme tagasi, võivad üksikjuhtumil kaasneda ulatuslikud kahjud. Nii on see näiteks uue auto müügil, mil müüjal puudub edaspidi võimalus autot uuena müüa, mistõttu langeb auto tagasivõtmisega selle turuväärtus oluliselt.⁹⁷ Eriliselt koormavaks võib osutuda töövõtja poolt eritellimusel valmistatud töö tagasivõtmine, kuna eritellimusel valmistatud toote võõrandamine turul on reeglina kas oluliselt piiratud või isegi võimatu.⁹⁸

Kolmas täiendava tähtaja regulatsiooni ülesanne on piirata turuspekulatsioonidega seotud kuritarvitusi. Nii ei saa ostja, kelle tegelik soov on taganeda lepingust turuhindade vahepealse languse tõttu, vabaneda talle kahjulikuks osutunud tehingust ebaolulise puuduse ettekäändel.⁹⁹ Seega piirab täiendava tähtaja instituut võlausaldaja (ostja) võimalust vabaneda lepingust olukorras, kus tegelik lepingust vabanemise soov põhineb muudel motiividel ning viide võlgniku (müüja) rikkumisele kujutab üksnes ebasiirast õigustust.¹⁰⁰ Selliste juhtumite alla kuuluvad olukorrad, kus ostja soovib talle ebasoodsaks või kasutuks osutunud müügiesemest vabaneda, olgu see

⁹² BT-Drucks. 14/6040, S. 89; Schroeter, S. 37; vt ka Ackermann, S. 866; Grigoleit/Riehm, S. 734 ff; Lorenz (2008), S.128; vt samuti BGH NJW 2010, 2200, 2201, Rn 16; BGH NJW 2007, 835, 837, Rn 14.

⁹³ Erman/H.P. Westermann, § 281, Rn 1, vrdl ka § 323, Rn 13; Soergel/Gsell, § 323, Rn 56; Soergel § 281 Rn 82; vt ka Lamprecht, S. 268, 271; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, Rn 618.

⁹⁴ Sarnaselt Grigolaet/Riehm, S. 734.

⁹⁵ Höffmann, S. 44.

⁹⁶ Schroeter, S. 40.

⁹⁷ Heinrich, S. 254 ff.

⁹⁸ Finn, S. 35; Schroeter, S. 40.

⁹⁹ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 82; Lorenz (2008), S. 128; Großmann-Doerth/Heymann, S. 186.

¹⁰⁰ Höffmann, S. 42.

siis kas turuhindade languse, edasimüügi võimaluse kaotamise, äriplaani muutumise või muude sarnaste põhjuste tõttu. Selliste kuritarvituste vältimiseks tuleks tagada võlgnikule võimalus kõrvaldada rikkumine minimaalselt mõistliku täiendava tähtaja jooksul ning täiendava tähtaja andmise nõue peab piirama ostja võimalust taganeda lepingust põhjustel, mis ei põhine tegelikkuses müügieseme puudusel, vaid muudel kaalutlustel.¹⁰¹

Seega on täiendava tähtaja instituudi üheks oluliseks ülesandeks tagada täitmisenõude eelistatus võrreldes täitmissuhet lõpetavate õiguskaitsevahenditega.¹⁰² Täiendava tähtaja andmise kohustus tugevdab täitmissuhte püsijäämist ning toetab seega *pacta sunt servana* põhimõtet.¹⁰³ Samuti kaitseb see võlgnikku võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise ja hinna alandamise ning lepingust taganemise eest.¹⁰⁴ Õiguskirjanduses märgitakse, et Saksa võlaõiguse moderniseerimisseaduse (SMG)¹⁰⁵ töörihm tegi teadliku valiku täitmisenõude primaarsuse osas õiguskaitsevahendite süsteemis ning selle tulemuse tehniline saavutamine pidi toimuma täiendava tähtaja instituudi kaudu. Samas ei olnud täiendava tähtaja andmise nõude eesmärk üksnes täitmisenõude eelistamine, vaid ka võlgnikule järeltäitmise õiguse ning sellega seotud kaitse tagamine.¹⁰⁶

Saksa võlaõiguse moderniseerimisseadusele hinnangut andes on õiguskirjanduses märgitud, et müüjale järeltäitmise võimaluse tagamine on üks suur võit, mis kaasnes võlaõiguse moderniseerimisega.¹⁰⁷ Sageli on seda isegi peetud kõige olulisemaks muutuseks müügiõiguse regulatsioonis.¹⁰⁸ Seega saab ostja, erinevalt BGB varasemast regulatsioonist, reeglina nõuda müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui ta on andnud müüjale eelnevalt rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja see on edutult möödunud.¹⁰⁹

Kui eelnevalt märgitud täiendava tähtaja andmise nõudega seotud eesmärgid seonduvad peamiselt võlgniku (müüja) huvide kaitsega, siis Saksa õiguskirjanduses rõhutatakse ka täiendava tähtajaga seotud võlausaldaja (ostja) positsioone kindlustavat funktsiooni. Nii peab täiendava tähtaja instituut tagama lihtsustatud ja selge võimaluse minna täitmisenõudelt üle teistele, s.o täitmissuhet lõpetavatele õiguskaitsevahenditele.¹¹⁰ Selliselt määrab täiendav tähtaeg ajavahemiku, mille jooksul tuleb võlgnikul kohustused igal juhul täita ning mille möödumisel võib võlausaldaja kasutada

¹⁰¹ Soergel/ Benicke/Hellwig, § 282, Rn 82; Lorenz (2008), S. 128; Höffmann, S. 42.

¹⁰² Koch (2010), S. 1638; vt ka Lorenz (2006), S. 1175.

¹⁰³ Vt põhjalikult Höffmann, § 4 I.

¹⁰⁴ Vt Jud (2004), S. 843 ff; Looschelders (2010), S. 218; vrdl Kull/Käerdi/Köve, lk 228 jj; Köve (2003), lk 225 jj; samuti RKTko 3-2-1-80-10, p 12; RKTko 3-2-1-156-11, p 20.

¹⁰⁵ 2002. aasta 1. jaanuarist jõustus Saksamaal SMG, millega reformiti BGB võlaõiguse regulatsiooni; vt selle kohta põhjalikult Jürgen Schmidt-Räntsch, S. 301 ff.

¹⁰⁶ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 82; Höffmann, S. 25–26.

¹⁰⁷ BT-Drucks. 14/6040, S. 86, 89, 220; Schroeter, S. 29.

¹⁰⁸ Ebert, S. 1761; sarnaselt Kochler, S. 539.

¹⁰⁹ Vt ka Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 81; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 9.

¹¹⁰ Staudinger/Schwarze, § 323, Rn A 9, § 281, Rn A 9; BT-Drucks. 14/6040, S. 138.

täitmissuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid.¹¹¹ Seega aitab täiendava tähtaja määramine mõistlikult balansseerida võlgniku ja võlausaldaja vastassuunalisi huve.¹¹²

Regulatsioon, mis pakub võlausaldajale kindluse, et rikkumise täiendava tähtaja jooksul kõrvaldamata jätmisel on tal õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, on olulise praktilise tähendusega. Selline ühemõtteline kriteerium aitab vältida edasisi arutuid ja sageli ka ennustamatu lõpuga vaidlusi, kas võlgniku rikkumine oli tegelikkuses ikka oluline ja kas täitmisest loobumine oli õigustatud. Teisisõnu, kui lepingust taganemine või kahju täitmise asemel nõude esitamine oleks seatud sõltuvusse abstraktselt määratletud olulisest rikkumisest, oleks rikkumise ilmnemisel õigusselgus oluliselt piiratud. Selline tulemus oleks lõppastmes vastuolus nii võlgniku kui ka võlausaldaja huvidega ning tekitaks üksnes asjatuid kohtuvaidlusi.¹¹³ Eelnevaga on otseselt seotud ka täiendava tähtaja selgitamiskontseptsioon, mille tulemusena tuleb võlgnikul tähtaja määramisel arvestada, et edaspidi ei saa ta kohustuse täitmisega lõputult venitada ning kohustuse täitmine on edaspidi pöördumatult ajaliselt piiratud. Seega aitab täiendava tähtaja määramine võlgnikul tekkinud olukorda tõsiselt võtta ja võlgnik peab mõistma, et rikkumise kõrvaldamata jätmisel võib võlausaldaja keelduda täitmise vastuvõtmisest, nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või lepingust taganeda.¹¹⁴

Autori arvates tuleks eelnevalt käsitletud täiendava tähtaja instituudiga seotud eesmärgi tunnustada ka VÕS-i kontekstis. Teisisõnu, autori hinnangul puuduvad kaalukad põhjendused väitmaks, et täiendava tähtaja instituudil on VÕS-s teistsugused ülesanded. Võrdlusena on oluline märkida, et nt CISG-s on täiendaval tähtajal suuresti teistsugune tähendus. Nii ei saa ostja CISG-i järgi täiendava tähtaja määramisega kõrvaldada rikkumise oluliseks lugemisega seotud ebaselgust, kuna täiendava tähtaja edutu möödumise tõttu ei saa müügieseme lepingutingimustele mittevastavust põhimõtteliselt oluliseks muuta.¹¹⁵ Seega erinevalt VÕS § 116 lg 2 p-st 5 ja §-st 223 ning BGB § 323 lg-st 1 ei muuda täiendava tähtaja edutu möödumine kohustuse rikkumist oluliseks ega õigusta ostjat lepingust taganema. Sama käib põhimõtteliselt ka PECL-i

¹¹¹ Höffmann, S. 33, 41, § 2. I. 4.

¹¹² Vt Lorenz (2006), S. 1176.

¹¹³ Võrdlusena nt CISG-i järgi ei saa ostja täiendava tähtaja andmise teel kõrvaldada ebaselgust, kas mittekohases täitmisel seisnev rikkumine (müügieseme puudus) on niivõrd oluline, et annab ostjale õiguse lepingust taganeda. S.o erinevalt VÕS § 116 lg 2 p-st 5 ei muuda rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutu möödumine CISG-i järgi (ebaolulist) rikkumist oluliseks rikkumiseks.

Ilma VÕS § 116 lg 2 p 5 ja VÕS § 115 lg 2 regulatsioonita peaks võlausaldaja igakordselt hindama (ja/või ära ootama), millal rikkumine muutub oluliseks. Mh võiks see tähendada, et teatud juhtudel ei pruugi võlausaldajal kunagi tekkida õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või lepingust taganeda. Seega loob täiendava tähtaja instituut võlausaldajale lihtsustatud võimaluse pöörduda täitmisenõuet lõpetavate õiguskaitsevahendite poole. Sellise regulatsiooni praktiline väärtus on märkimisväärne.

Vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 20; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 82.

¹¹⁴ Skamel, S 671; Grigoleit/Riehm, S. 734.

¹¹⁵ StaudingerCISG/Magnus, art 25, Rn 25, art 49, Rn 21; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 46; Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, art 25, Rn 10, Rn 49.

ja PICC-i kohta, mis samuti lubavad lepingust taganeda üksnes juhul, kui rikkumine on materiaalselt oluline.¹¹⁶

Lõpetuseks tuleb märkida, et seoses täiendava tähtaja andmise kohustusega vaieldakse Saksa õiguses ka selle üle, kas võlgniku järeltäitmise õigus on käsitletav võlgniku iseseisva (nõude)õigusena või on võlgniku täiendava soorituseteostamise võimalus üksnes paratamatus, mis kaasneb võlausaldajalt täiendava tähtaja andmise tõttu.¹¹⁷ Selline vahetegemine omab tähendust näiteks juhul, kui müüja on andnud ostjale kohustuse täitmisena üle suurema väärtusega eseme ja soovib asendustäitmise korras vahetada müügieseme algselt kokkulepitu vastu ning nõuda algselt üleantu tagastamist. Seda saaks müüja teha aga üksnes juhul, kui järeltäitmise õiguse näol oleks tegemist tõelise nõudeõigusega. Õiguskirjanduses on selline küsimus suure vaidluse all, kuid valitseva arvamuse kohaselt on müüja järeltäitmise õiguse näol tegemist üksnes müüja võimalusega oma rikkumine parandada ning selline õigus ei ole käsitletav võlausaldaja suhtes eksisteeriva iseseisva nõudeõigusena.¹¹⁸

Autori hinnangul ei näe ka VÕS täiendava tähtajaga seoses võlgnikule ette iseseisvat nõudeõigust. VÕS § 114 (koosmõjus § 115 lg 2 ls 1 ja § 116 lg 2 p 5) tagab küll võlgnikule täiendava kohustuse täitmise võimaluse, kuid ei näe võlgnikule ette järeltäitmise nõudeõigust: VÕS § 114 lg 3 keelab võlausaldajal täiendava tähtaja perioodil nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja lepingust taganeda, kuid võlgniku nõudeõigust sellega ei kaasne. S.o läbi võlausaldajale ette nähtud täiendava tähtaja andmise kohustuse realiseerub võlgniku „teine šanss” või n-ö viimane võimalus.¹¹⁹ Vastavalt saab võlgnik võimaluse rikkumine kõrvaldada ja kohaselt täita, ning sel eesmärgil tulebki anda võlgnikule (täiendav) võimalus kogu tasu väljateenimiseks.¹²⁰

Viimaks tuleb rõhutada, et täiendava tähtaja andmisega seotud võlgniku kaitse eesmärgid realiseeruvad üksnes juhul, kui ei esine erandlikke asjaolusid, mis õigustavad võlausaldajat nõudma kahju hüvitamist täitmise asemel või taganema lepingust täiendavat tähtaega määramata (VÕS § 115 lg 3). Erandlike asjaolude esinemisel ei vääri võlgnik õigust rikkumine oma vahenditest kõrvaldada ning võlausaldaja võib kohe kasutada täitmissuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid.¹²¹

¹¹⁶ Vt PECL art 9:301 lg 1, art 8:103; PICC art 7.3.1; nii PECL kui PICC puhul saab täiendava tähtaja eduti möödumisega rikkumise muuta oluliseks üksnes müüja kohustuste mittetäitmisel, vt PECL art 9:301 lg 2, art 8:106 lg 3; PICC art 7.3.1 lg 3, art 7.1.5.

¹¹⁷ Vt selle kohta ka Mankowski (2011), S. 781; Lorenz (2006), S. 1176; Dauner-Lieb/Dötsch (2003), S. 254.

¹¹⁸ BT-Drucks 14/6040, S. 220–221, § 437, Nr 1; Canaris (2008), S. 3, 11 ff; Schulte-Nölke, S. 433; Schlechtriem/Schmidt-Kessel, S. 284; Grigoleit/Riehm, S. 734.

¹¹⁹ Vrdl VÕS Komm I ja Komm I (2016)/Köve § 114 ja § 115 kommentaarid; Saksa õiguses Höffmann, S. 63; Mankowski (2003), S. 453.

¹²⁰ Vrdl Erman/H.P. Westermann, § 323, Rn 13.

¹²¹ Sarnaselt Saksa õiguses, vt BGB § 281 lg 2, § 323 lg 2, § 437 p 2 ja § 441; Westermann, S. 536.

1.3 Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel

1.3.1 Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemise vajadus ja piiritlemiskriteeriumid

VÕS § 115 lg-d 1–3 näevad kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel nõude maksmapanekule ette mõnevõrra erinevad eeldused. Kui kahju hüvitamist täitmise kõrval võib võlausaldaja võlgniku poolt kohustuse rikkumisel alati nõuda,¹²² siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on lubatud üksnes tingimusel, et esinevad kõrgendatud lisakriteeriumid (VÕS § 115 lg-d 2–3). Nii sätestab VÕS § 115 lg 2 ls 1 üldreegli, mille kohaselt võib võlausaldaja nõuda kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist üksnes pärast võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutut möödumist. Erandina ei ole täiendava tähtaja andmine vajalik, kui on ilmne, et täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust, samuti kui võlgniku kohustuse rikkumine on oluline või kui asjaolude kohaselt on kahju kohene hüvitamine muul põhjusel mõistlik (VÕS § 115 lg 3). Sõltumata täiendava tähtaja andmisest või selle ebaolulisusest võib võlausaldaja juhul, kui võlgniku kohustus seisneb teatud eseme tagastamises, nõuda kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist üksnes tingimusel, kui võlausaldaja on kohustuste täitmisega viivitamise tõttu kaotanud eseme tagastamise vastu huvi (VÕS § 115 lg 2 ls 2).

Sellisel on seadusandja oluliselt piiranud võlausaldaja õigust rikkumise ilmne misel kohe nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, sidudes nõudeõiguse tekkimise täiendava tähtaja andmise ja selle edutu möödumisega.¹²³ Seaduse mõtte kohaselt tekib võlausaldajal õigus kasutada täitmissuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, nagu taganeda lepingust või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, alles seejärel, kui võlgnik ei ole kasutanud talle täiendava tähtajaga tagatud n-ö viimast võimalust rikkumine oma vahenditest kõrvaldada.¹²⁴ Lahendus põhineb poolte tasakaalustatud huvide arvestamise vajadusel: võlgnik, kes on teinud ettevalmistusi ja kandnud oma-poolse soorituse tegemisega kulutusi, ei tohiks igasuguse ebaolulise rikkumise tõttu jääda ilma lepingust oodatavast kasust. Seega on täiendava tähtaja määramisel üht-aegu võlgnikku hoiatav ja teda kaitsev toime¹²⁵ ning täitmissuhte lõpetamine nõuab täiendavat legitimatsiooni.¹²⁶

Kuna täitmise asemel kahju hüvitamist saab võlausaldaja nõuda üksnes juhul, kui on täidetud nõude maksmapaneku kõrgendatud eeldused – eelkõige kui on möödunud täiendav tähtaeg või võlgniku rikkumine on oluline –, tõuseb paratamatult üles küsimus kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemisest. Nõudes sellist kahju, mis

¹²² Seda muidugi eeldusel, et kahju hüvitamise nõude üldised eeldused on täidetud, vt kahju hüvitamise nõude üldiste eelduste kohta VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115 kommentaarid, samuti RKTko 3-2-1-173-12, p 15 ja RKTko 3-2-1-5-12, p 27.

¹²³ Vt täiendava tähtaja eesmärgi kohta ka ptk 1.2; kahju hüvitamise täitmise asemel nõude spetsiifiliste eelduste kohta vt täpsemalt ptk 2; vrdl ka RKTko 3-2-1-100-15, p 19; RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-148-04, p 18; RKTko 3-2-1-173-12, p 24.

¹²⁴ Täiendava tähtaja eesmärgi kohta vt ptk 1.2; hinna alandamise regulatsiooni osas vt Kalamees (2013), lk 123 jj, lk 133 jj; küsitava Riigikohtu praktika kohta vt RKTko 3-2-1-156-11, p 20.

¹²⁵ Vt ka ptk 1.2; Saksa õiguses Medicus (2003), S. 522 ff.

¹²⁶ Vt Saksa õiguses võrdlevalt MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 1.

kvalifitseerub kahjuks täitmise asemel, ilma et nõude maksmapaneku kõrgendatud eeldused on täidetud, tuleb võlausaldaja nõue jätta rahuldamata.¹²⁷ Seega oskamata eristada kahju täitmise kõrval nõuet kahjust täitmise asemel nõudest, riskib võlausaldaja nõude maksmapaneku edukusega. Alljärgnev analüüs otsibki vastust küsimusele, millist kahju tuleks VÕS § 115 tähenduses lugeda kahjuks täitmise kõrval ja millist kahjuks täitmise asemel.

Seaduse tekst ei anna selgitusi, milline kahju kvalifitseerub kahjuks täitmise kõrval ja milline kahjuks täitmise asemel. Ka kodumaises õiguskirjanduses ei ole kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemine leidnud põhjalikumat õigusteoreetilist käsitlust. Õiguskirjanduses märgitakse, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine tähendab, et võlausaldaja on kaotanud huvi kohustuse täitmise vastu ja soovib edaspidi vaid seda, et võlgnik hüvitaks talle rikkumisega põhjustatud kahju.¹²⁸ Selline selgitus ei anna siiski vastust küsimusele, millist kahju lugeda kahjuks täitmise kõrval ja millist kahjuks täitmise asemel. Riigikohus on lugenud kahjuks täitmise asemel müügi- ja töövõtueseme puuduste kõrvaldamise kulu,¹²⁹ samuti võlausaldaja nõude, millega ta nõuab vindikatsiooninõude olemasolul asjade väljaandmise asemel nende väärtuse hüvitamist.¹³⁰ Kuna VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeskujusäteteks on olnud BGB §-d 280–281, on piiritlemisküsimusele vastuse leidmiseks kohane pöörduda Saksa õigusteooria ja praktika poole.

Üks võimalus, kuidas eristada kahju täitmise asemel ja täitmise kõrval, on **välistamismeetod**: st kahjuks täitmise kõrval saab lugeda kõik kahjud, mis ei kujuta endast kahju täitmise asemel. Saksa õigusteooria valitseva arvamuse kohaselt saab kahjuks täitmise kõrval lugeda sellised kahjud, mis võlausaldajal on nõude maksmapaneku hetkeks lõplikult tekkinud ja mida ei saa võlgniku kohustuse rikkumise heastamisega – s.o soorituse parandamise või asendamisega – enam ära hoida ega kõrvaldada.¹³¹ Sellisteks kahjudeks on kõik kahjud, mille tekkimine ei sõltu sellest, kas võlgnik täidab lõppastmes kohustuse täielikult ja lepingutingimustele vastavalt.¹³²

Kahjuks täitmise asemel tuleb lugeda seevastu sellised kahjud, mille lõpliku tekkimise oleks võlgnik võlausaldaja poolt nõude esitamise seisuga saanud rikkumise kõrvaldamise teel ära hoida ja mis tekivad seetõttu, et nõude esitamise tulemusena langeb võlgniku kohustuse täitmine lõplikult ära.¹³³ Funktsionaalsest aspektist saab seega kahjuks täitmise asemel lugeda sellised kahjud, mis asendavad täitmissooritust, olgu

¹²⁷ Vt täpsemalt ptk 1.3.4.

¹²⁸ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 392; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 591; vt ka Kalamees (2013), ptk 4.3.1

¹²⁹ RKTko 3-2-1-100-15, p 19; RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-5-12, p 26 jj; RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

¹³⁰ RKTko 3-2-1-8-08, p 21; RKTko 3-2-1-127-08, p 12; RKTko 3-2-1-65-14, p 14; RKTko 3-2-1-25-14, p 12.

¹³¹ Vt kahju liikide piiritlemise kohta põhjalikult Ackermann, S. 868 ff; samuti Kaiser (2008), S. 351 ff; Palandt/Grüneberg, § 280, Rn 18; Medicus (2003), S. 528 ff.

¹³² Lorenz (2008 b), S. 203–205; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 3; vt kriitiliselt Ostendorf, S. 2833 ff; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 7.

¹³³ MüKo/Ernst, § 280, Rn 66; Palandt/Grüneberg, § 280, Rn 18; vt piiritlemiskriteeriumite kohta põhjalikult Ackermann, S. 868 ff.

selleks asendustehingu kulud või soorituse väärtus kui selline. Selline kahju kujutab soorituse ekvivalenti või surrogaati.¹³⁴ Saksamaa Liidukohtu selgituste kohaselt hõlmab võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue kõiki selliseid kahjusid, mida oleks (kohase) täitmise teel saanud *veel ära hoida*.¹³⁵ Seega tuleb kahjuks täitmise asemel lugeda üksnes sellist kahju, mis tekib võlausaldajale võlgniku soorituse lõpliku (ettesuunatud) ärajäämise tõttu. Kõik kahjud, mis on tekkinud enne eelnimetatud ajahetke ning on oma olemuselt lõplikud – st nende teket ei saa soorituse parandamise või asendamisega vältida –, kujutavad seevastu kahju täitmise kõrval.¹³⁶ Selliselt kvalifitseeruvad kahjud, mis on tekkinud enne kohustuste täitmise võimatuse ilmnemist, lepingust taganemist või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist, kahjuks täitmise kõrval.¹³⁷

Eeltoodust tulenevalt saab kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel eristamise **rusikareegli** formuleerida järgmiselt: kahjuks täitmise asemel tuleb lugeda sellised kahjud, mille tekkimise oleks nõude esitamise hetkel rikkumise heastamisega saanud ära hoida, selle tekkimist ennetada, vältida või kõrvaldada.¹³⁸ Kahjuks täitmise kõrval tuleb aga lugeda sellised kahjud, mis võlausaldajale on nõude esitamise hetkeks lõplikult tekkinud.¹³⁹ Samuti võib formuleerida **üldise testküsimuse**, millele vastuse leidmine peaks reeglina eristama kahju täitmise kõrval kahjust täitmise asemel. Kahtluse korral tuleks kohtul esitada järgmine küsimus:¹⁴⁰ *kas võlgnitava soorituse tegemine oleks saanud kahju tekkimise veel ära hoida?*

Selline piiritlemiskriteerium on ühtlasi kooskõlas täiendava tähtaja regulatsiooni eesmärgiga anda võlgnikule viimane võimalus kõrvaldada rikkumine oma vahenditest. Teisisõnu oleks täiendava tähtaja nõude esitamine sisutühi kahjude puhul, mille realiseerumist ei ole võimalik kohustuse rikkumise heastamisega ära hoida. Sellisel juhul ei muudaks täiendava tähtaja andmine võlgniku ega võlausaldaja positsioone ning juba lõplikult tekkinud kahju ei oleks võlgnikul rikkumise kõrvaldamisega võimalik vältida. Seega oleks täiendava tähtaja andmine olemuslikult mõttetu.¹⁴¹

Kahju täitmise asemel ja täitmise kõrval piiritlemise juures ei oma põhimõttelist tähendust, kas hüvitamisele kuuluva kahju näol on tegu otsese või kaudse kahju, saamata jäänud tulu, puudusest tekkinud kõrvalkahju vms-ga.¹⁴² Selline kahjude liigitus põhineb muudel alustel ning ei ole seotud võlgniku poolt kohustuse rikkumise heastamise võimalikkusega. Samuti ei oma kahjude eristamisel tähendust, kas võlgniku soorituse näol, mille täitmise asemel võlausaldaja kahju hüvitamist nõuab, on

¹³⁴ Ackermann, S. 868; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 280, Rn 65 ff; Griegeleit/Riehm, S. 733 ff.

¹³⁵ Ostendorf, S. 2834; vt ka BGH 11.02.2009 otsus VIII ZR 328/07.

¹³⁶ Lorenz (2008 b), S. 203–205.

¹³⁷ Ostendorf, S. 2835.

¹³⁸ Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 281; Lorenz (2008 b), S. 204; Palandt/Grüneber, § 280, Rn 18, § 281 Rn 2; Staudinger/Schwarze, § 280 Rn E 24; MüKo/Ernst, § 280, Rn 65 ff, § 281, Rn 110; Tiedtke/Schmitt, S. 616; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 25 ff.

¹³⁹ Lorenz (2008 b), S. 204.

¹⁴⁰ Lorenz (2008 b), S. 204; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 28.

¹⁴¹ Vt Saksa õiguses Clevinghaus, S. 44.

¹⁴² Vt erinevate kahjude eristamise kohta põhjalikult Hellwege, S. 56 ff; MüKo/Ernst, § 280, Rn 66 ff; osaliselt teisiti Looschelders (2010), S. 206.

tegemist põhi- või kõrvalkohustusega, samuti, kas nõue põhineb ühe- või mitme-poolisel võlasuhtel või kas tegemist on kestusvõlasuhte või ühekordsele sooritusel suunatud võlasuhtega. Igasuguse soorituskohustuse olemasolu korral saab reeglina rääkida kahju täitmise asemel nõude esitamise võimalikkusest.¹⁴³

Võttes arvesse, et VÕS § 115 regulatsioon, mis eristab kahju hüvitamise nõuet täitmise kõrval ja täitmise asemel, põhineb BGB eeskujul, on autori hinnangul eelnevalt käsitletud piiritlemiskriteeriumid edukalt kohaldatavad ka VÕS-i kontekstis. Kaalukad põhjendused, miks käsitleda kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel kontseptsiooni BGB-s sätestatust oluliselt teisiti, autori hinnangul puuduvad. Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemisest tuleb eristada küsimust, millises ulatuses on võlausaldajal õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Selle puhul tuleb lähtuda VÕS § 115 lg-st 4.¹⁴⁴

1.3.2 Tüüpuhtumid

Eelnevalt analüüsiti kahju täitmise asemel ja täitmise kõrval nõude piiritlemise vajadust ning erinevate nõuete piiritlemise kriteeriume. Käesolevas alapeatükis võetakse vaatluse alla tüüpuhtumid ning selgitatakse näidete kaudu, millised kahjud kvalifitseeruvad tavapäraselt kahjuks täitmise asemel. Tulenevalt töö esemest piirdatakse alljärgnevalt müügilepingu regulatsiooni ja sellele omaste sagedamate ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude koosseisudega.

Kõige tüüpilisem ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue seondub müüjalt **lepingutingimustele mittevastava** asja üleandamisega. Sellisel juhul loetakse õiguskirjanduses kahjuks täitmise asemel kulutused, mis ostjal tuleb kanda müügieseme *puuduste kõrvaldamiseks*, s.o asja lepingutingimustele vastavusse viimiseks.¹⁴⁵ Sarnaselt on ka Riigikohus leidnud nn küttekolde kaasuses, märkides, et ostja puudusega küttekolde parandamise maksumuse nõue kvalifitseerub kohustuse täitmise asemel esitatavaks kahju hüvitamise nõudeks.¹⁴⁶ Samuti kvalifitseerub kahjuks täitmise asemel selline kahju, mis seisneb müügieseme lepingutingimustele mittevastavusest tingitud *madalamas väärtuses*. Sellisel juhul on kahjuks lepingutingimustele vastava ja puudustega müügieseme väärtuse vahe.¹⁴⁷ Kuna puuduste kõrvaldamise kulu ja väärtuste vahe järgi arvestatud kahju ei pruugi kokku langeda, tuleb selliseid kahju arvestamise aluseid selgelt eristada. Näide: M müüb O-le kinnisasja ühes sellel paikneva elamuga, millel ilmneb majavamm. Puuduste kõrvaldamise kulu (seenetõrje teenuse tellimine) on 20 000 EUR, samas kui kinnisvara hindaja sõnul ei muuda

¹⁴³ Vt lähemalt MüKo/Ernst, § 281, Rn 110 ff; Looschelders (2010), S. 219 ff.

¹⁴⁴ Vrdl Saksa õiguse osas ptk 1.1.2; VÕS § 115 lg 4 kohta vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4.

¹⁴⁵ Lorenz (2008 b), S. 204; vt ka BGH NJW 2007, 2619; BGH NJW 2005, 3211; MüKo/Ernst, § 280, Rn 66; BeckOK/Faust, § 437, Rn 57; Jauernig/Berger, § 437, Rn 20; Ackermann, S. 866; vrdl ka RKTko 3-2-1-100-15, p 19; RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

¹⁴⁶ RKTko 3-2-1-115-04, p 26, sarnaselt ka hilisemates lahendites, vt RKTko 3-2-1-100-15, p 19; RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-5-12, p 26 jj; RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

¹⁴⁷ MüKo/Ernst, § 280, Rn 66; BeckOK/Faust, § 437 Rn 57; Jauernig/Berger, § 437, Rn 20; BT-Drucks 14/6040, S. 224.

majavammini kinnistu väärtust tervikuna oluliselt, maksimaalselt aga 10 000 EUR. Sellisel juhul tuleks ostjal valida kahju arvestamise viis, mis tegelikkuses tema huve paremini kaitseb.

Kahjuks täitmise asemel tuleb lugeda ka sellised kahjud, mida ostja kannab võlgniku **kvantitatiivse sooritusdefitsiidi** kõrvaldamiseks.¹⁴⁸ Näiteks tarnib müüja M kokkulepitud 100 kasti juustu asemel tähtaegselt 70 kasti juustu. Sellisel juhul saab ostja O nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel 30 vähem tarnitud juustukasti osas tingimusel, et ta on andnud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks tähtaja ja see on edulult möödunud (v.a erandid VÕS § 115 lg-tes 2–3). Ostja kahju täitmise asemel nõue seisneb sellisel juhul lõppastmes reeglina algse tehingu ja asendustehingu hinnavahe ehk ostjale tekkinud lisakulus seoses 30 juustukasti kolmandalt isikult omandamisega. Kui nt 100 kasti juustu ostuhind on 100 000 EUR, siis ühe kasti arvestuslik hind on 1000 EUR. Ostes M2-lt asendustäitmisena 30 kasti, ei saa O enam hulgihinna, vaid peab leppima tavapärase turuhinnaga 1500 EUR kasti kohta. O kahju on 15 000 EUR ehk lisakulu, mis tal tuli tehingu lõpuleviimisega kanda. Kahju arvestus on järgmine: O-l tuleb tasuda M-le kokkulepitud ostuhind 100 000 EUR, mille ta saab tasaarvestada M2-le tasutud 45 000 EUR-ga. Selliselt on O kogukulu tehingule 100 000 EUR (100 000 EUR M-le, 45 000 EUR M2-le, –45 000 EUR tagasinõue M vastu, mille O tasaarvestab). Lõplikuks kahju kannatajaks on M, kes saab ühe kasti juustu eest planeeritud 1000 EUR asemel 55/70 ehk 790 EUR (55 000 EUR seitsmekümne kasti eest).

Kui müüja kohustuse rikkumine seisneb **kohustuse mittetäitmisel**, nt ei anna müüja ka täiendava tähtaja möödudes ostjale kaupa üle, on ostja kahjunõude sisuks müüja *soorituse väärtus* ehk turuhind.¹⁴⁹ Just ärajäänud soorituse väärtuse võrra on ostja varaline seis osutunud halvemaks sellest, mis see oleks olnud, kui müüja oleks kohustused kohaselt täitnud. Teise võimalusena võib ostja arvestada kahju *asendustehingule* kantud või tulevikus kandmisele kuuluvatest kulutustest lähtuvalt.¹⁵⁰ Kolmanda alternatiivina võib ostja nõuda müüjalt hinnavahe hüvitamist, arvestades hüvitisena müügieseme turuväärtuse ja ostuhinna vahe.¹⁵¹

Näide: kuna M-l on häda likviidsete vahendite järele, müüb ta O-le kinnisasja hinnaga 100 000 EUR. Müügieseme turuväärtus on aga 120 000 EUR. Kuna viimasel hetkel langeb M-l rahamure ära, siis ta keeldub ilmumast notari juurde, et tehing lõplikult vormistada ja allkirjastada asjaõiguskokkulepe. Et vältida kohustuse täitmist O ees, müüb M kinnisasja oma sõbrale M2. Kuna M-i kohustuse täitmine on VÕS § 108 lg 2 p 1 järgi muutunud võimatuks, siis on O-l huvi nõuda M-lt välja soodsast tehingust saamata jäänud eelised. O saab arvestada kahju järgmiselt: 1) O võib nõuda M-lt kohustuste täitmise asemel selle väärtuse 120 000 EUR hüvitamist.

¹⁴⁸ Vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn C 7, B 155 ff; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 54 ff; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 21.

¹⁴⁹ Vt põhjalikult Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 3 ff.

¹⁵⁰ Vt ka Brox, S. 230–231; BeckOK/Faust, § 437, Rn 57; Erman/Grunewald, § 437, Rn 13; BGH NJW 2013, 2960; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 39 ja E 5; Ackermann, S. 868 ff; asendustehingujärgse ostja hinnavahe nõude kohta vt täpsemalt ptk 5.

¹⁵¹ Ostja õiguse osas nõuda asendustehingule kantud kulutuste ja hinnavahe hüvitamist vt täpsemalt ptk 5.

Sellisel juhul tuleb O-l tasuda M-le ostuhind, mille ta saab tasaarvestada M-i vastu suunatud kahjunõudega. Kokku saab O nõuda M-lt 20 000 EUR; 2) O teeb M2-ga asendustehingu, tasudes ostuhinnana 125 000 EUR. Kui O lepingust eelnevalt ei tagane, tuleb tal tasuda M-le ostuhind 100 000 EUR, mille ta saab tasaarvestada asendustehingule kantud kuluga 125 000 EUR. Kokku saab O nõuda M-lt 25 000 EUR, 3) kolmandaks võib O nõuda M-lt hinnavahe hüvitamist. Kuna M kohustusi ei täida, otsustab O lepingust taganeda ja nõuda hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 järgi.¹⁵² Erinevus kahest esimesest kahju arvestamise alternatiivist seisneb siin selles, et lepingust taganemise tulemusena lõpeb O-l ostuhinna tasumise kohustus (VÕS § 189 lg 1), mistõttu ei tule tal tasuda M-le 100 000 EUR, samuti lõpeb M-i kohustus anda O-le üle kinnisasi (VÕS § 189 lg 1). Ostja saab sellisel juhul arvestada kahju VÕS § 135 järgi omal valikul kas konkreetset või abstraktselt, st nõuda kas lepingujärgse hinna ja tegelikult sõlmitud asendustehingust tuleneva hinna vahe hüvitamist (VÕS § 135 lg 1) või lepingujärgse hinna ning lepingust taganemise ajal kohustust rikkunud lepingupoole lepingujärgse kohustuse turuhinna vahe tasumist (VÕS § 135 lg 2), kui lepingujärgse kohustuse esemel on olemas turuhind.¹⁵³

Kõiki eeltoodud näiteid ühendab asjaolu, et selliste kahjude tekkimist oleks müüja saanud kahjunõude esitamise hetkel kohustuste järeltäitmise kaudu vältida, kõrvaldades vastavalt kas asja lepingutingimustele mittevastavuse või tarnides müügieseme. Sellised tüüpilised müügilepingu rikkumisega seotud kahjud kvalifitseeruvad kahjuks täitmise asemel ka eelmises peatükis rusikareegli ja testküsimuse – *Kas võlgnetava soorituse teostamine oleks saanud veel kahju tekkimise ära hoida?* – järgi.

Seevastu ei kvalifitseeru täitmise asemel kahjuks reeglina müügieseme puudusest põhjustatud kõrvalkahjud, nagu asja lepingutingimustele mittevastavuse tõttu tekkinud kahju võlausaldaja muudele hüvedele (omandikahju, tervisekahju jms).¹⁵⁴ Seda põhjusel, et võlgniku poolt järeltäitmise – müügieseme puuduste kõrvaldamise – teel ei saa sellist lõplikult tekkinud kahju enam ära hoida. Sellisel juhul ei ole tegu ka võlausaldaja täitmishuviga, vaid rikutud on täitmisega kaasnevaid võlausaldaja muid huvisid. Näiteks annab müüja ostjale üle ketassae, mille puuduv või lepingutingimustele mittevastav kaitseseade tekitab sae kasutamisel ostjale kehavigastuse. Kui võlausaldaja täitmismõue ja täitmishuvi on suunatud puuduse kõrvaldamisele – sae parandamisele või asendamisele –, kujutades endast potentsiaalselt kahjunõuet täitmise asemel, siis kehavigastuse tekitamisest põhjustatud kahju hüvitamisel ei saa rääkida kahjunõudest täitmise asemel.¹⁵⁵ Kui kõrvalkahjud on (etteulatavalt) ärahoitavad võlgniku poolt soorituse parandamise või asendamisega, saab sellise kahju lugeda kahjuks täitmise asemel.¹⁵⁶

¹⁵² Vt ostja õiguse osas nõuda hinnavahe hüvitamist täpsemalt ptk 5.

¹⁵³ Vt täpsemalt ptk 5.

¹⁵⁴ Vrdl Saksa õiguses BeckOK/Faust, § 437, Rn 60 ff; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 19 ff; Lorenz (2002), S. 2500; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 280, Rn 69, 74 ff.

¹⁵⁵ Medicus (2003), S. 523 ff.

¹⁵⁶ Vrdl MüKo/Ernst, 280, Rn 48 ff, Rn 69; Tiedtke/Schmitt, S. 618. VÕS-i kontekstis on oluline silmas pidada, et võlausaldaja absoluutsetele õigushüvedele (nagu elu, tervis, omand) tekitatud kahju kuulub lepingulisel alusel hüvitamisele üksnes juhul, kui see on kooskõlas VÕS § 127 lg 2 järgse rikutud kohustuse kaitse-eesmärgiga. Õiguskirjanduses leitakse, et selline kahju kuulub

Ostja kasutuseelise kaotuses seisnev kahju võib osutuda nii kahjuks täitmise kõrval kui ka selle asemel. Kahju kvalifitseerimine sõltub nõude maksmapaneku hetkest: alates täitmisenõude lõplikust äralangemisest (nt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel) tekkinud kasutuseelise kaotus on käsitletav kahjuna täitmise asemel, sellele eelneval perioodil tekkinud kahju aga kahjuna täitmise kõrval.¹⁵⁷ **Näide:** O ostab M-lt auto, millel ilmneb selle kasutamist välistav puudus (katkised pidurid). O annab M-le täiendava tähtja puuduste kõrvaldamiseks, mille edutul möödumisel teatab O, et ta ei usalda enam M-i ja laseb pidurid remonditöökojas korda teha, nõudes selleks kantud kulutused hiljem M-lt sisse. Antud juhul kvalifitseerub kahju, mis O-l on tekkinud perioodil kuni kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseni (O poolt M-i teavitamine remonditöökotta pöördumisest) kahjuks täitmise kõrval – tegemist on lõpliku kahjuga, mida ei ole võimalik järeltäitmise teel puuduste kõrvaldamisega ära hoida. Edasine kahju on aga kahju täitmise asemel. O võib nõuda M-lt asendusauto üürile kantud mõistlike kulutuste hüvitamist kuni M2 (remonditöökoda) poolt puuduste kõrvaldamiseni, samuti nt saamata jäänud kasutuseelise hüvitamist (VÕS § 127). O puuduste kõrvaldamisele kantud kulude hüvitamise nõude näol on aga tegemist kahjuga täitmise asemel (VÕS § 115 lg 1–2).

Eelnevalt kirjeldatuga sarnane olukord tekib ka ostja saamata jäänud tulu nõude kvalifitseerimisel. Näiteks müüb M O-le kaupa, mille viimane on plaaninud müüa vaheltkasuga edasi C-le. M õigeaegselt kaupa üle ei anna, mistõttu satub O täitmisega viivitusse C ees. Kuu aega hiljem teatab O, et ei soovi M-lt täitmist ja ostab kauba M2-lt. Kas edasimüügist saadava vaheltkasu näol on tegemist kahjuga täitmise kõrval või täitmise asemel, sõltub sellest, kas O-l on M-i vastu kahjunõuet maksma pannes (s.o M-le täitmisest loobumise teavituse edastamisel) endiselt võimalik kaup C-le võõrandada või mitte. Kui O on kaotanud C-le edasimüügi võimaluse, on tegemist kahjuga täitmise kõrval, kuna ka M-i rikkumise kõrvaldamisel ei oleks sellist kahju võimalik enam vältida. Kui O-l on aga endiselt võimalik kaup C-le võõrandada, on tegemist kahjuga täitmise asemel.¹⁵⁸

Seevastu kahju, mis tekib ostjal müüjale rikkumise kõrvaldamiseks antud *täiendava tähtja jooksul*, on reeglina tingitud üksnes kohustuse täitmisega viivitamisest ning tuleb lugeda kahjuks täitmise kõrval. Nt müügieseme puudusest täiendava tähtja perioodil tingitud saamata jäänud tulu (nt puuduse tõttu saematerjali töötlemisest saamata jäänud tulu) on tavapäraselt käsitletav kahjuna täitmise kõrval: selline kahju ei ole võlgniku heastamisega kõrvaldatav, mistõttu ei saa rääkida kahjunõudest täitmisenõude asemel. Seega nii mittekohase asja üleandmisest tekkinud saamata kasutuseelis või tulu võib ühel ajahetkel kujutada kahju täitmise asemel, teisel puhul aga kahju

reeglina hüvitamisele deliktiõiguse sätete järgi ja nende lepinguõiguslik kaitstus tuleb kõne alla üksnes juhul, kui pooled on selles eraldi kokku leppinud või tuleb selliste hüvede kaitstus võlasuhte olemusest. Vt probleemistiku kohta põhjalikult Sein (2007) ptk 6; Volens (2011), lk 33 jj; Käerdi (2006), S. 106 ff, S. 167 ff, S. 181–182, S. 253 ff.

¹⁵⁷ Vrdl Saksa õiguses BeckOK/Faust, § 437, Rn 57 ff ühes näidetega; Ostendorf, S. 2834 ff; vt kriitiliselt Olshausen, S. 486 ff.

¹⁵⁸ Vrdl Saksa õiguses BeckOK/Faust, § 437, Rn 58; Tiedtke/Schmitt, S. 618; Ostendorf, S. 2834; vt ka Köhler/Lorenz, Fall 36.

täitmise kõrval, olenedes eelkõige kahjunõude maksmapaneku hetkest.¹⁵⁹ Kui müüja kõrvaldab puuduse täiendava tähtaja jooksul, lõpeb ka võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Vahepealsel perioodil tekkinud kahjud tuleb aga lugeda kahjuks täitmise kõrval, mitte täitmise asemel.¹⁶⁰

Seega on piir sellise kahju, mida lugeda kahjuks täitmise asemel või täitmise kõrval (s.o kahjuks, mida võlgnik saab kohustuse rikkumise kõrvaldamisega veel ära hoida ja mida mitte), ajas muutuv (dünaamiline). Vähemasti seni, kuni võlausaldaja ei ole otsustanud täitmisenõudest loobuda ja kahju hüvitamise nõudele üle minna.¹⁶¹ Kahjuks täitmise kõrval kvalifitseeruvad ka juba kantud kahju kindlakstegemise kulud (nt ekspertiisikulud) ja nõuete maksmapanekuks kantud õigusabikulud (VÕS § 128 lg 3).

Omaette põhimõtteline küsimus puudutab seisukohta, kas võlausaldaja poolt kahju täitmise asemel nõude esitamisel tuleb edaspidi lugeda kõik võlausaldaja kahjud – sh need kahjud, mis on nõude esitamise hetkeks tekkinud lõplikult ja käsitletavad kahjuna täitmise kõrval – hõlmatuks kahju täitmise asemel nõudega või jäävad sellisel juhul kahjunõue täitmise kõrval ja täitmise asemel teineteise kõrval paralleelselt edasi kestma. Kuigi puudub otsene põhjus edaspidiseks kahjunõuete konkurentsiks – kahjunõue ei saa kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise järgselt põhimõtteliselt hõlmata uut liiki kahjusid, kuna võlgniku täitmisenõue tuleb lugeda lõppenuks ning võlgnik ei saa seetõttu täitmiskohustust edaspidi rikkuda –, puudub siiski otsene alus, millele tuginedes saaks kahjunõude täitmise kõrval lugeda lõppenuks. Kogu tekitatud kahju hüvitamiseks peaks võlausaldaja tuginema seega üheaegselt nii kahju hüvitamise nõudele täitmise kõrval kui ka täitmise asemel.¹⁶² Sellisel detailsel nõude kvalifitseerimisel on siiski enamasti üksnes teoreetiline tähendus.¹⁶³

1.3.3 Suur kahju ja väike kahju

Eestikeelses õiguskirjanduses tähistatakse kahjunõuet täitmise kõrval kui „väikest kahju” ja kahjunõuet täitmise asemel kui „suurt kahju”.¹⁶⁴ Kui üldiselt võib sätte eeskujuriigi õigusterminoloogia ülevõtmist pidada mõistlikuks ja sellist lähenemist tunnustada, siis kahju hüvitamise nõude kontekstis on Saksa õigusest tuttava „väikese ja suure kahju” mõiste kodustamine toimunud ebaõnnestunult ja eksitavalt. Saksa

¹⁵⁹ Ostendorf, S. 2834.; Olshausen, S. 486 ff; vt ka BGH NJW 2010, 2426 (Rn 13).

¹⁶⁰ MüKo/Ernst, § 280, Rn 66–67.

¹⁶¹ MüKo/Ernst, § 280, Rn 66 f; Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 281 ff; Lorenz (2008 b), S. 204; BeckOK/Faust, § 437, Rn 62; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 27; Staudinger/Schwarze, 280, Rn E 7; HK/Schulze, § 280, Rn 4.

¹⁶² Vt Saksa õiguses selle kohta lähemalt MüKo/Ernst, § 280, Rn 66 ff.

¹⁶³ Piiritlemine võib aga osutada oluliseks nt aegumise kontekstis. Sellisel juhul tuleks eelistada tõlgendust, mille järgi aeguvad kahjunõue täitmise kõrval ja täitmise asemel iseseisvalt. Vt selle kohta Saksa õiguses MüKo 7/Ernst, § 280, Rn 72, samuti § 281, Rn 116 ja 117. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise kohta vt täpsemalt ptk 2.6.5 ja ptk 3.2.6.

¹⁶⁴ Kull/Käerdi/Kõve lk 255 jj; VÕS Komm I ja Komm I (2016)/Kõve, § 115, komm 4.2 ja 4.3, vt ka komm p 1 ls 2 ja ls 3 vastuolu; RKTko 3-2-1-145-14, p 27. Teisiti Saksa õiguses, kus väikese ja suure kahju hüvitamise nõue on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude alaliikideks, vt Looschelders (2010), S. 227.

õiguses eristatakse kahju hüvitamise nõude juures **kolme liiki nõudeid**. Esiteks nn lihtne kahju hüvitamise nõue (sks k *einfacher Schadensersatz*), teiseks väike kahju hüvitamise nõue (sks k *kleiner Schadensersatz*) ja kolmandaks suur kahju hüvitamise nõue (sks k *großer Schadensersatz*).¹⁶⁵ Nn lihtsa kahjunõude all peetakse silmas sellist kahju hüvitamise nõuet, mille eesmärk ei ole nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja mille maksmapaneku õigus on võlausaldajal paralleelselt täitmisenõudega. Sellisel kahjunõudel ei ole täitmissuhet lõpetavat iseloomu ja nõue eksisteerib täitmissuhtega paralleelselt. Tüüpiliselt on tegemist kahjudega, mis on tingitud kohustuse täitmisega hiline misest või mittekohasest täitmisest, samuti kaitsekohustuste rikkumisest, kuid mille eesmärk ei ole nõuda kahju täitmise asemel, vaid täitmise kõrval.¹⁶⁶

Näide 1: A hilineb B-le tööstusseadmete tarnega kaks kuud, mistõttu jääb B-l vahepealsel perioodil seadmete kasutamise võimaluse puudumise tõttu osaliselt tulu saamata. Tegemist on tüüpilise viivitamisest tingitud kahjuga, mis eksisteerib müügieseme üleandmisele suunatud täitmisenõude (VÕS § 108 lg 2) kõrval (vrkl VÕS § 114 lg 3). **Näide 2:** A tarnib B-le seadmed tähtaegselt, kuid need on puudusega – seadmed ei täida üht kokkulepitut funktsioonidest, mistõttu B ei saa teatud tüüpi töid teostada ning kannab saamata jäänud tulu näol kahju. Ka sellisel juhul võib ostja nõuda kahju hüvitamist ja müügieseme parandamist või asendamist. **Näide 3:** A teeb B eramule katusetöid. B on igavene pedant ja mureitseja, mistõttu nõuab ta lepingu sõlmimisel, et A töömehed peavad iga hinna eest tagama, et tööde käigus ei saaks kahjustada tema Jaapani aed ega muu vara. A töömehed on aga hooletud ja tallavad maha majaesised lillepeenrad, samuti tegutsevad hooletult katuse kinnikiletamisel, mille tõttu tekib saju tulemusena teise korruse üleujutus, hävineb antiikne tamme-põrand ja Estonia klaver.

Kõigil eeltoodud juhtudel on tegemist kahjunõudega täitmise kõrval ehk nn lihtsa kahjunõudega, mille eesmärk ei ole lõpetada täitmisenõuet, vaid asetada võlausaldaja majanduslikult olukorda, milles ta oleks olnud, kui võlgnik oleks lepingu kohaselt täitnud (VÕS § 127 lg 1).¹⁶⁷ Selliseid juba tekkinud kahjusid ei saa lepingujärgse soorituse tegemise teel tagasi pöörata ega olematuks muuta. Tegemist on lõplikult tekkinud kahjudega.¹⁶⁸

Saksa õiguses käsitletakse nn „väikest ja suurt kahju” kahju hüvitamise täitmise asemel nõude alaliikidena.¹⁶⁹ „Väikese kahju” nõudmisel on tegemist olukorraga, kus võlgniku sooritus on kas kvantitatiivselt või kvalitatiivselt mittetäielik (või mittekohane) ja võlausaldaja soovib vastava osa soorituse kvantitatiivsest või kvalitatiivsest defitsiidist asendada kahju hüvitamise nõudega. Ülejäänud osas soovib võlausaldaja soorituse endale jätta ning säilitada täitmissuhte. Sellisel nõude esitamisel

¹⁶⁵ Vt Looschelders (2014), § 25 I, § 27 Kap. 9; Brox/Walker, § 22 II Rn 61 ff, § 23 II Rn 50–53, § 24 III Rn 15–16; samuti Staudinger/Schwarze, § 280 E6, E 21 ff; kahjude piiritlemise kohta põhjalikumalt Nomos Komm/Dauner-Lieab, § 280, Rn C – E; Grigoleit/Riehm, S. 727 ff.

¹⁶⁶ BeckOK/Unberath, § 280, Rn 46–49; BeckOK /Faust, § 437, Rn 56; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 77.

¹⁶⁷ Vt kahju hüvitamise eesmärgi kohta ptk 4.4.3.1.

¹⁶⁸ Vt ptk 1.3.1.

¹⁶⁹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 125; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn C 24; Brox, S. 231 ff; Looschelders (2010), S. 227.

saab võlausaldaja võlgnikult kaks sooritust, kokkulepitud naturaalsoorituse, millel on kvantitatiivne või kvalitatiivne puudujääk, ja kahju hüvitamise soorituse.¹⁷⁰ Seega asendab nn „väikese kahju” nõue võlausaldaja täitmisenõude ja sellele vastava võlgniku soorituskohustuse üksnes osaliselt. Tegemist on piiratud sooritusdefitsiidi, mitte aga kogu sooritust asendava kahjunõudega.¹⁷¹ Pärast BGB võlaõiguse regulatsiooni moderniseerimist on „väikese kahju” asemel õigem rääkida *kahjust täitmise asemel* (vrdl BGB § 281 lg 1).¹⁷² Järgnevalt mõned selgitavad näited *väikese kahju* mõiste juurde.

Näide 4: A müüb B-le auto, millel ilmnevad puudused. Nimelt ei ole A pikemat aega käinud hoolduses, mistõttu on tegemata tavapärased hooldustööd, mh on vahetatamata mootoriõli. Selle tulemusena on kahjustada saanud auto mootor. Võlausaldaja kahjunõue, mis hõlmab kahjustatud mootoriosade väljavahetamiseks kantavaid kulusi, kujutab väikest kahju.¹⁷³

Näide 5: asjaolud samad, mis näite 4 puhul. Selgub, et puuduseta auto väärtus on 10 000 EUR, puudusega auto väärtus aga 7000 EUR. Võlausaldajal on õigus olla asetatud varaliselt olukorda, milles ta oleks olnud, kui autol ei oleks puudusi. Kui A täidaks kohustusi kohaselt, oleks B varanduslik seis auto turuväärtusest lähtuvalt 10 000 EUR võrra suurem. Puuduse tõttu on B aga saanud soorituse, mille väärtuseks on 7000 EUR. Seega on B saanud soorituse (täitmise), millel ei ole kokkulepitud väärtust. Selline väärtuse defitsiit (kohase ja mittekohase soorituse väärtuse vahe) on käsitletav „väikese kahjuna”.¹⁷⁴ Seejuures ei ole oluline, kui pooled on ostuhinnaks leppinud kokku nt 8000 EUR.¹⁷⁵

Väikese kahjuna on tegemist ka juhul, kui võlgniku sooritus on osadeks jaotatav ja võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist üksnes mingi osa soorituse asemel.¹⁷⁶ **Näide 6:** A tellib B-lt sünnipäevapidustusteks 100 pudelit käsitööveini. B tarnib tähtaegselt ja kohaselt 80 pudelit. 10 pudelit jääb üldse tarnimata ja 10 pudelit on käärima läinud. Nüüd peab A kiiruga tellima 20 pudelit C-lt. Kuna A ei nõua kahju hüvitamist kogu täitmise (s.o kogu 100 pudeli) asemel, vaid üksnes osaliselt soorituse asemel, siis on tegemist nn „väikese kahjuga”.

Suure kahjuna käsitletakse Saksa õiguses sellist võlausaldaja nõuet, kus võlausaldaja esitab kahju hüvitamise nõude kogu täitmise (s.o kogu võlgniku soorituse) asemel ning loobub seeläbi võlgniku naturaalsooritusest täielikult. Vastavalt lõpeb ka täielikult võlgniku õigus ja kohustus kokkulepitud sooritus teha või mittetäielik või mittekohane sooritus heastada.¹⁷⁷ Kui võlausaldaja on nõude esitamise hetkeks

¹⁷⁰ Vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 125–135, samuti § 325, Rn 25; vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E6 ff; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 30.

¹⁷¹ Vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E6 ff.

¹⁷² Vt PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 24; terminid väike kahju ja suur kahju pärinevad SMG-eelsest BGB-st, vt Westermann (2002), S. 65.

¹⁷³ Vrdl MüKo/Ernst, § 281, Rn 128; BeckOK/Faust, § 437, Rn 57.

¹⁷⁴ Vt ka BeckOK/Faust, § 437, Rn 57; MüKo/Ernst, § 281, Rn 127.

¹⁷⁵ Küll võib see omada tähendust B poolt ostuhinna alandamisel, vt Kalamees (2013), lk 22–26.

¹⁷⁶ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 153, § 280, Rn E 6 ff.

¹⁷⁷ MüKo/Ernst, § 281, Rn 125, Rn 136; NomosKomm/Dauner-Lieab, § 281, Rn 30–31; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 69.

võlgnikult täitmisena juba midagi saanud, tuleb tal saadu võlgnikule tagastada (BGB § 281 lg 5).¹⁷⁸ *Suure kahju* nõudmisel on keskne küsimus selles, millal saab võlausaldaja võlgniku mittekohases või osalises täitmisel seisneva soorituse puhul nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ning vabaneda võlgniku soorituskohustusest täielikult.¹⁷⁹ Pärast SMG jõustumist on „suure kahju” asemel kohasem rääkida *kahjust kogu täitmise* asemel (vrdl BGB § 281 lg 1).¹⁸⁰

Näide 7: O ostab M-lt auto hinnaga 22 000 EUR. Varsti ilmnevad autol olulised puudused – mootor tõrgub ja allalastav katus laseb vihma läbi. Pealegi ei tööta autol kliimaseade. O-l ei ole huvi autot endale jätta. Kuna O-l tuleb sarnase auto omandamise eest välja käia 27 000 EUR (turuhind), soovib ta, et M hüvitaks talle asendus- tehingujärgse lisakulu 5000 EUR.

Näide 8: asjaolud samad, mis näite 7 puhul, ainult et O ei tee asendustehingut, vaid soovib realiseerida heast tehingust oodatud kasu. Kuna pooled on kokku leppinud ostuhinnas 22 000 EUR ja sellise auto turuhind on 27 000 EUR, siis soovib O saada M-lt soodsa tehinguga seotud kasu 5000 EUR hüvitamist (turuhinna ja ostuhinna vahe).¹⁸¹

Eelnevalt käsitletud teadmiste taustal ei ole autori hinnangul kodumaises õiguskirjanduses kasutatud terminid „väike kahju” ja „suur kahju” täpsed ega õnnestunud. Mõisted „väike ja suur kahju” ei anna kahju hüvitamise nõude sisustamisel edasi regulatsiooni tegelikku mõtet, tekitades üksnes segadust. Terminite ekslikku kasutamist ei saa selgitada muul moel kui nende ebaõnnestunud kodustamise teel. Olukorras, kus VÕS § 115 tõlgendamisel on üle võetud selle eeskujuregulatsiooni (BGB § 280–281) terminoloogia, tuleks ka mõistete eestistamisel olla täpne. Autori hinnangul oleks asjatute ebaselguste vältimiseks kohasem liigitada kahjunõuded selliselt, nagu seaduse sõnastus tegelikkuses ette näeb. Esmalt kahjunõue täitmise kõrval, mida võib Saksa kirjanduse eeskujul nimetada ka *lihtsaks kahjunõudeks*. Teiseks tuleks eristada kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet lähtuvalt sellest, kas võlausaldaja soovib loobuda võlgniku sooritusest üksnes osaliselt või täielikult. Kahjunõuet, mille puhul võlausaldaja ei soovi lõpetada täitmissuhet tervikuna, vaid soovib võlgniku täitmiskohustuse asendada kahju hüvitamise kohustusega üksnes piiratult (vt näited 4–6), oleks mõistlik tähistada kahjuna täitmise asemel. Kui võlausaldaja soovib aga loobuda võlgniku sooritusest täielikult ja asendada selle kahju hüvitamise kohustusega, tuleks sellist nõuet käsitleda kahju hüvitamise nõudena kogu täitmise asemel (vt näited 7–8).

Sellist terminoloogiat toetab autori hinnangul ka VÕS § 115 sõnastus, eristades sätte esimeses lõikes kahjunõuet täitmise kõrval (nn lihtne kahjunõue) kahjunõudest täitmise asemel. VÕS § 115 lg 4 eristab omakorda aga kahju täitmise asemel nõude juures võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ja osaliselt. Mõisted „väike ja suur kahju” on keeleliselt eksitavad, selgitamata tegelikkuses, millist kahju silmas peetakse. Seevastu terminoloogia „kahju täitmise kõrval”, „kahju

¹⁷⁸ Vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 66–68.

¹⁷⁹ Vt selle kohta ptk 1.2.2, samuti Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 165–172; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 69.

¹⁸⁰ PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 24; Westermann (2002), S. 65.

¹⁸¹ Ostja õiguse kohta nõuda hinnavahet hüvitamist vaata täpsemalt ptk 5.

täitmise asemel” ja „kahju kogu täitmise asemel” annab ainuüksi keeleliselt täpsemalt edasi, millist kahjunõuet silmas peetakse. Alternatiivselt, kuid autor hinnangul siiski eksitavalt ja seega mittesoovitavalt, võiks tinglikult kõne alla tulla ka „suure ja väikese” kahju mõiste kasutamine täpsustatud kujul. Sellisel juhul tuleks kahju täitmise asemel nõude (näited 4–6) esitamisel rääkida *väikesest kahjust* ja kahju kogu täitmise asemel nõude esitamisel (näited 7–8) *suurest kahjust*. Õiguskirjanduses seni kasutatud terminoloogiast oleks aga mõistlik loobuda.

1.3.4 Piiritlemise tähendus ja tagajärjed

Näide: tellisettehas O ostab M-lt tööstusseadmeid 100 000 EUR eest. M tarnib seadmed tähtaegselt 04.03, kuid puudustega. 09.03 saadab O M-le e-kirja ühes puuduste kirjeldusega. 15.03 saadab O M-le uue kirja, milles märgib, et laseb puudused kõrvaldada C-l ja kavatseb need hiljem M-lt sisse nõuda. O tasubki C-le puuduste kõrvaldamise eest 15 000 EUR, soovides nende hüvitamist M-lt. Alternatiivselt nõuab O M-i säästetud kulutuste 12 000 EUR hüvitamist.

Mügieseme puuduste kõrvaldamiseks kantavad kulutused kvalifitseeruvad kahjuks täitmise asemel, kuna müüja saaks sellise kahju tekkimist vältida rikkumise oma vahenditest kõrvaldamise kaudu.¹⁸² Eeldusel, et ei esine VÕS § 115 lg-tes 2–3 sätestatud erilisi asjaolusid, on O-l õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui ta on määranud M-le rikkumise kõrvaldamiseks tähtaja ja see on edutult möödunud (VÕS § 115 lg 2 ls 1). O aga M-le täiendavat tähtaega puuduse kõrvaldamiseks määranud ei ole. Kui lugeda O 09.03 e-kiri täiendava tähtaja määramiseks, ei saa mõistlikku täiendavat tähtaega lugeda möödunuks 15.03. Võttes arvesse, et O ei ole andnud M-le puuduste kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega (igal juhul ei saa lugeda mõistlikku tähtaega möödunuks), ei ole O kahju hüvitamise täitmise asemel nõude (parandamiskulude nõude) eeldused VÕS § 115 lg 2 ls 1 järgi täidetud. Kuna O on lasknud puudused C-l kõrvaldada, on M-i jaoks rikkumise oma vahenditest heastamine muutunud ka võimatuks. Kas O saab nõuda M-lt puuduste kõrvaldamisega kantud 15 000 EUR või alternatiivselt M-i poolt kokku hoitud 12 000 EUR hüvitamist?

Saksa õiguse valitseva arvamuse kohaselt ei saa ostja olukorras, kus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeldused ei ole täidetud, nõuda müüjalt parandamiskulude hüvitamist ei kahju hüvitamise sätete järgi ega ka ühelgi muul õiguslikul alusel.¹⁸³ See tähendab, et ostja, kes laseb puudusega müügieseme parandada ilma, et oleks esmalt müüjalt parandamist või asendamist nõudnud ja määranud puuduste kõrvaldamiseks täiendava tähtaja, jääb ilma igasugusest, ka osalisest hüvitise saamise võimalusest.¹⁸⁴

¹⁸² Vt ptk 1.3.1.

¹⁸³ Vt BGH 23.02.2005. a otsus VIII ZR 100/04 ; BGH, NJW 2005, S. 1348; BGH NJW 2006, 988; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 26; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 4a; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 11, Jauernig/Faust, § 439, Rn 16; MüKo/Westermann, § 439, Rn 10; Bamberger/Roth/Faust, § 437, Rn 36; Vt põhjalikult Herresthal/Riehm, S. 1457; samuti Lorenz (2006), S. 1175; Oechsler (2005), S. 81 ff. Kodumaise kirjanduse osas vt ka Pavelts/Sein, p 156–157.

¹⁸⁴ Sarnasele järeldusele on jõutud ka CISG-i osas, vt MüKoCISG/Huber, art 48, Rn 22; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 48, Rn 21.

Keskseks põhjenduseks on siin, et täiendava tähtaja määramata jätmisega on puuduste kõrvaldamine muutunud müüja jaoks võimatuks, ilma et müüja selle eest vastutaks,¹⁸⁵ samuti saab sellisel juhul ostja lugeda saavutanuks lepingu eesmärgi, s.o ostja on saanud puudusteta eseme.¹⁸⁶ Teiselt poolt on aga müüjalt võetud võimalus vältida kahjude tekkimist, pakkuda puuduste kõrvaldamist või asendustäitmist ning teenida seeläbi lepingust oodatud kasu – mis on otseselt täiendava tähtaja andmise nõude keskne eesmärk.¹⁸⁷ Seega kannab ostja, kes kõrvaldab puudused ise või laseb need kõrvaldada, riisikot, et ta ei saa müüjalt nõuda asenduskulude hüvitamist. Kui ostja võis aga erandlikult panna nõude maksma ka ilma täiendavat tähtaega määramata, kuulub nõue rahuldamisele.¹⁸⁸

Eesti õiguskirjanduses ega kohtupraktikas ei ole küsimus ostja õigusest nõuda müüjalt säästetud kulutuste hüvitamist leidnud suuremat diskussiooni.¹⁸⁹ Näidiskaasuse toodud juhtumil ei saa ostja nõuda puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist, kuna üks kahju hüvitamise täitmise asemele nõude keskne eeldus – võlgnikule täiendava tähtaja määramise teel viimase võimaluse andmine – ei ole täidetud. See aga tähendab vahetult, et realiseerunud ei ole täiendava tähtaja määramisega seotud müüja huvide kaitse.¹⁹⁰ Aktsepteerides aga nõudeõiguse maksmapanekut ilma selle keske eelduse esinemiseta, oleks tulemus otseselt vastuolus regulatsiooni mõttega. Samuti oleks see vastuolus üldise tsiviilõiguse põhimõttega, et võlausaldaja saab kasutada talle seadusega ette nähtud õiguskaitsevahendeid üksnes juhul, kui on täidetud selle maksmapaneku eeldused. Seega tuleb O nõue parandamiskulude hüvitamiseks jätta rahuldamata. O-l tuleb kanda riisikot, mis realiseerub seadusega kokkusobimatust käitumisest.

Lepingulise kahju hüvitamise nõude kõrval võiks selline parandamiskulude hüvitamise nõude küsimus tõstatuda aga alusetu rikastumise või käsundita asjaajamise sätete järgi (VÕS § 1041 või § 1023 lg 1). Nii õiguskirjanduses kui ka kohtupraktikas leitakse aga, et lepingulise suhte olemasolu korral on lepinguvälised nõuded oluliselt piiratud ja et lepingulise suhte olemasolu välistab nii käsundita asjaajamise kui ka alusetu rikastumise nõuded.¹⁹¹ Sellised nõuded võivad erandina kõne alla tulla üksnes juhul, kus seadus selgesõnaliselt sellise võimaluse ette näeb.¹⁹² Seega tuleb

¹⁸⁵ Jauernig/Berger, § 439, Rn 16, 22; MüKo/Ernst, § 281, Rn 60. Seega lõpevad võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja õigus lepingust taganeda ning alandada hinda, vt BGH 162, 219.

¹⁸⁶ MüKo/Westermann, § 437, Rn 10.

¹⁸⁷ Vt ka Herresthal/Riehm, S. 1458 ff.

¹⁸⁸ Bamberger/Roth/Faust, § 437, Rn 36; MüKo/Westermann, § 437, Rn 10; vrdl ka BGH NJW 2005, 3211, 3212; Gsell (2009), S. 925; Herresthal/Riehm, S. 1460; Erman/Grunewald, § 437, Rn 10.

¹⁸⁹ Vt siiski Pavelts/Sein, p 156–157.

¹⁹⁰ Vt ptk 1.2.

¹⁹¹ Käsundita asjaajamise nõuete kohta vt VÕS Komm III/Tampuu, lk 568–569 ja RKTKo 3-2-1-44-11, p-d 30–32. Alusetu rikastumise nõuete osas vt Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 66; VÕS Komm III/Käerdi, lk 582 ja 618.

¹⁹² Selliseks juhuks on eelkõige üürniku poolt ilma üürileandja nõusolekuta üüriesemele tehtud kulutuste hüvitamise nõue: VÕS § 286 lg 2 lubab üürnikul nõuda nende hüvitamist käsundita asjaajamise sätete kohaselt.

asuda seisukohale, et ka Eesti õiguse kohaselt ei saa õigustamatult asja parandanud ostja nõuda müüjalt parandamiskulude ei osalist ega täielikku hüvitamist. Teistsugune tulemus oleks vastuolus regulatsiooni loogika ja eesmärgiga: võimaldades ostjale tagaukse kaudu – s.o lepinguväliste nõuete maksmapaneku teel – puuduste kõrvaldamisele kantud kulude hüvitamist, muutuks täiendava tähtaja regulatsiooniga seotud eesmärgid sisutühjaks ja regulatsiooniga silmas peetud kaitse näiliseks. Seega tuleb asuda seisukohale, et ostja õiguse näol nõuda puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist kahju hüvitamise täitmise asemel sätete järgi on tegemist ammendava regulatsiooniga ning nõude eelduste puudumisel tuleb kulud jätta täielikult ostja kanda.

Vaatamata eelnevalt esitatud analüüsile ning selle keskmeks olevatele kaalutlustele, on Riigikohus puuduse kõrvaldamise kulude hüvitamise vaidluses märkinud järgmist:¹⁹³ „*Selliste kulutuste hüvitamist saab nõuda VÕS § 115 lg 1 ja § 128 lg 3 alusel, tegemist on puuduste kõrvaldamise kui kohustuse täitmise asemel esitatava kahju hüvitamise nõudega (vt ka nt Riigikohtu 25. oktoobri 2004. a otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-115-04, p 26). Sellise nõude võib VÕS § 115 lg 2 järgi esitada üldjuhul alles pärast täitmiseks antud täiendava tähtaja möödumist ja üksnes erandina VÕS § 115 lg 3 alusel ka tähtaega andmata, kui kahju hüvitamine puuduse kõrvaldamist võimaldamata on mõistlik. Hageja ei ole tuginenud sellele, et ta oleks soovinud kostjatelt täiendavat tähtaega vaidlusaluste puuduste kõrvaldamiseks, ega ole vaidlustanud VÕS § 115 lg 3 eelduste täitmist.*” Selliselt on Riigikohus sisuliselt asunud seisukohale, et ostja võib nõuda müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel (puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist) ka ilma, et ta oleks andnud müüjale täiendava tähtaja puuduste kõrvaldamiseks ja oodanud ära selle edutu möödumise. Selline Riigikohtu tõlgendus on autori hinnangul ebaõige, olles ühtlasi vastuolus kehtiva regulatsiooni ning tsiviilõiguse üldpõhimõtetega. Autor selgitab järgnevalt.

Esiteks, seadus sätestab ühemõtteliselt asjaolud ja eeldused, mille esinemisel saab ostja (võlausaldaja) VÕS § 115 lg 1–2 järgi nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Mh tähendab see, et kui nõude eeldused ei ole täidetud, ostjal sellist õigust ei teki (nõudeõigus puudub). Kuna viidatud tsiviilasjas ei olnud ostja andnud müüjale puuduste kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, samuti puudusid täiendava tähtaja määramata jätmist õigustavad erilised asjaolud VÕS § 115 lg 3 järgi, ei olnud ostja nõude maksmapaneku eeldused täidetud ja nõude oleks pidanud jätma rahuldamata. Riigikohus on aga sellisest tsiviilõiguse kesksest põhimõttest – nõude saab maksmata panna üksnes selle eelduste täidetuse korral – mööda vaadanud, märkides lakooniliselt, et kuna müüja ei ole nõude *eelduste puudumist vaidlustanud*, on ostja nõue õigustatud. Millised materiaalsed või menetlusõiguse sätted Riigikohtu väljendatud tõlgendust õigustavad, otsusest paraku ei nähtu.

Nt käsundita asjaajamise osas leitakse, et käsundita asjaajamise regulatsioon ei peaks asendama lepingut ja suruma isikule peale soovimatuid teenuseid koos vastava maksekohustusega. RKTko 3-2-1-44-11, p 33; Värvi (2013), lk 186. Valitsev on seisukoht, et „asjaajaja tegevust reguleeriva lepingu olemasolu korral ei tule käsundita asjaajamise nõuded reeglina kõne alla, v.a juhul, kui käsundita asjaajaja väljub lepingu täitmise käigus lepingu järgi lubatud tegevuse piiridest.“ Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 65 ja 67.

¹⁹³ RKTko 3-2-1-100-15 p-s 19.

Teiseks, Riigikohtu otsus on vastuolus tsiviilkohtumenetluse keskse põhimõttega, et kumbki menetlusosaline peab tõendama menetluses neid asjaolusid, millele tema nõue on rajatud (TsMS § 230 lg 1). Kuna viidatud asjas soovis ostja müüjalt puuduse kõrvaldamise kulude hüvitamist, tuli ostjal tõendada, et nõude maksmapaneku eeldused on täidetud, s.o ostja on andnud müüjale puuduste kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja see on edutult möödunud (§ 115 lg 2 ls 1) või et esinevad täiendava tähtaja määramata jätmist õigustavad erandlikud asjaolud (VÕS § 115 lg 3). Üldisest tõendamiskoormise jagunemise põhimõttest tulenevalt ei saanud müüjal olla kohustust tõendada, et ostja nõude maksmapaneku eeldused ei ole täidetud (vt TsMS § 230 lg 1).

Kolmandaks, lubades ostjal puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist ka seaduses sätestatud eelduste puudumisel, oleks Riigikohus pidanud analüüsima VÕS § 115 regulatsiooni sisu ja eesmärki, mh lahendama küsimuse täiendava tähtaja instituudi olemusest ja kohustuse rikkumise mõistest täiendava tähtaja määramise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kontekstis. VÕS § 115 regulatsiooni eeskujuks olnud Saksa õiguskirjanduses ja kohtupraktikas on ühemõtteliselt jõutud järeldusele, et olukorras, kus ostja ei ole müüjale andnud puuduste kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega ja ei esine ka tähtaja määramata jätmist õigustavaid erandlikke asjaolusid, tuleb ostja puuduste kõrvaldamise kulude nõue jätta rahuldamata. Seda mh põhjusel, et kahju hüvitamist täitmise asemel nõude maksmapanekut õigustavaks kohustuse rikkumiseks ei ole mitte kohustuse kokkulepitud tähtpäeval täitmata jätmine, vaid rikkumise kõrvaldamata jätmine täiendava tähtaja jooksul.¹⁹⁴ Seega ei saa ostja nõuet rahuldada lepingulise kahju hüvitamise sätete järgi ega ka muul õiguslikul alusel. Samasisulisele järeldusele on jõutud ka CISG-s.¹⁹⁵

Kokkuvõtvalt leiab autor, et olukorras, kus ostja nõuab müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel (nt müügieseme parandamiskulude hüvitamist), ilma et nõude maksmapaneku eeldused on täidetud, tuleks ostja nõue jätta rahuldamata. Viidatud otsuses 3-2-1-100-15 on Riigikohus autori hinnangul jõudnud põhimõtteliselt ebaõigetele järeldustele. Riigikohus on eiranud asjaolu, et VÕS § 115 järgi saab võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui ta on andnud võlgnikule (müüjale) rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ning see on edutult möödunud. Kui selliseid asjaolusid ei esine, siis nõuet seaduse järgi maksuma panna ei saa (nõuet ei teki).

¹⁹⁴ Saksa õiguses leitakse, et kahju hüvitamist täitmise asemel nõude maksmapanekut õigustavaks kohustuse rikkumiseks ei ole mitte kohustuse kokkulepitud tähtpäeval täitmata jätmine, vaid rikkumise kõrvaldamata jätmine täiendava tähtaja jooksul, vrdl BeckOK/Faust, § 437, Rn 95; Haberzettl (2006), S. 102 ff, S. 111 ff; vt ka MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 48 ff; põhjalikult Huber (2003), 521 ff. Vt samuti täiendavalt ptk 5.2.1.

¹⁹⁵ MüKoCISG/Huber, art 48, Rn 22; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art. 48 Rn 21; Vt ka Pavelts/Sein, p 156–157.

1.4 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vajalikkus ja sellega seotud eelised

Kui eelnevalt analüüsiti, kuidas on kahju hüvitamise õiguskaitsevahend leidnud sätestamist VÕS-i õiguskaitsevahendite eeskujuregulatsioonides ning käsitleti kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eraldiseisva reguleerimise eesmärke, siis selles peatükis võetakse vaatluse alla kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vajalikkus ja selle maksmapanekuga seotud eelised. Nii ei ole kahju hüvitamise täitmise asemel nõude näol tegemist üksnes keeruka õigusteoreetilise konstruktsiooniga, vaid sellel on oluline praktiline tähendus igapäevases õigus- ja majanduskäibes. Seda suuresti põhjusel, et võlausaldaja täitmisenõude maksmapanek on sageli seotud oluliste menetluslike raskustega. Samuti on täitmisenõude esitamine reeglina ebaotstarbekas ning selle realiseerimine lõppastmes vastuolus nii võlgniku kui ka võlausaldaja huvidega, tuues sageli mõlemale lepingupoolale kaasa lisakahjude tekkimise.

Näide 1: O ostab M-lt betoonplokkide tootmiseks tööstusseadmeid ostuhinnaga 110 000 EUR. M tarnib puudusega seadmed, mistõttu O ei saa tootma hakata. Millest tingituna seadmed ei tööta, on ebaselge nii O kui ka M-i jaoks. Viimaks keeldub M puuduste kõrvaldamisest, leides, et tema mis tahes võimalike puuduste eest ei vastuta, kuna probleemid on tekkinud seadme valest kokkumonteerimisest. Kui O-l tuleks nüüd leppida puuduste kõrvaldamise täitmisenõudega, tuleks tal esitada kohtusse puuduste kõrvaldamise hagi. Kuna vaidluse menetlemine võtab minimaalselt kaks-kolm aastat, siis on O tootmine selleks ajaks seiskunud. Sisuliselt langeb O-l ära võimalus majandustegevuseks, mistõttu tekivad tal raskused töötajatele palkade maksmise, laenude teenindamise ja lepingupartnerite ees kohustuste täitmisega. Samuti jääb O ilma oodatud kasumist. Kolme aasta möödudes ähvardab O-d pankrot.

Näide 2: T tellib TV-lt hoone katuse parandamistööd tasuga 50 000 EUR. Peale seda, kui TV tööd üle annab, ilmneb, et tööd on tehtud puudustega, mistõttu katus sajab läbi ja halvatud on hoones toimuv majandustegevus (või nt hoone eluruumina kasutamine). TV vaidleb kohustuse rikkumisele vastu ja puudusi kõrvaldama ei asu. Kui T esitaks nüüd täitmisenõude, tähendaks see taas minimaalselt kaheaastast kohtuvaidlust. Vahepealsel perioodil oleks aga hoones majandustegevus (või hoone eluruumina kasutamine) läbisadava katuse tõttu võimatu, mistõttu tuleks T-l üürida asenduspinnad, samuti jääks T-l vahepeal tootmise ümberkorraldamisest tulenevalt saamata tulu summas 70 000 EUR. Aastatepikkune katuse läbisadu põhjustaks hoonele ulatuslikke veekahjustusi, mille kõrvaldamiseks oleks vajalik teha kapitaalremont (100 000 EUR).

Mõlemad eeltoodud näited ilmestavad, et mitterahalise kohustuse täitmisenõude maksmapanek on aeganõudev, seotud oluliste komplikatsioonidega ja tekitab võlausaldajale ning võlgnikule suure tõenäosusega üksnes täiendavaid kahjusid. Selliselt on mitterahalise kohustuse täitmisenõue praktilisest aspektist vaadatuna ebaefektiivne ja ebamõistlik. Liiatigi võib juhtuda, et tulenevalt üldisest kahju vähendamise kohustusest VÕS § 139 järgi, ei pruugi eeltoodud näidete puhul O ja T kahju kuuluda täies osas hüvitamisele, kuna õigeaegsel lepingust taganemisel või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel oleks nii O kui ka T saanud kahjude tekkimist olulises ulatuses ära hoida (nt saamata jäänud tulu majandustegevusest; maja kapitaalremondi ärahoidmine vms). O ja T poolt nõuete maksmapanek võib olla piiratud ka tulenevalt rikutud kohustuse kaitse-eesmärgist (VÕS § 127 lg 2).

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon pakub eelkirjeldatud olukordadele **oluliselt efektiivsemat lahendust**, säästes pooli lisakahjude tekkimisest ning ebamõistlikust lisanduvast kohtuskäimisest. Mõlema eeltoodud näite puhul oleks võlausaldajal mõistlik määrata võlgnikule puuduste kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg. Selle edutul möödumisel aga tellida puuduste kõrvaldamine kolmandalt isikult X, nõudes puuduste kõrvaldamisele kantud kulud hiljem võlgnikult kahjuna sisse. Kuna lepingust taganemine ei pruugi asjaoludest tulenevalt olla võlausaldaja jaoks kas lubatud (VÕS § 118 lg 1) või huvipakkuv (soovimatus viia läbi restitutsioon) ja hinna alandamisega ei saavuta võlausaldaja reeglina samasisulist tulemust,¹⁹⁶ on võlausaldaja kohaseks õiguskaitsevahendiks kahju hüvitamise nõue täitmise asemel. Seega on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude õiguskaitsevahendite süsteemis keskse praktilise tähendusega. Seda kinnitab ka õiguspraktika, kus mitterahalise kohustuse täitmisnõude kohtulikult maksmapanek on kahju hüvitamise nõudega võrreldes selgelt marginaalse tähendusega, tulles kõne alla üksnes erandlikult. Täitmisnõude kohtulikku esitamist saab reeglina pidada mõistlikuks üksnes juhul, kui võlausaldajal on kohustuse naturaaltäitmise vastu spetsiifiline huvi. Tüüpnäiteks on siin ostja huvi omandada individuaaltunnustega müügiese, mille korral ei soovi ostja saada tehingust üksnes majanduslikku kasu (nt müügieseme soodsalt omandamine), vaid naturaaltäitmisel on ostja jaoks täiendav, sageli varaliselt hindamatu lisandväärtus. Nt on ostja O suur kunsthuviline, kelle eesmärk on omandada kõik Monet' hilisperioodi teosed. Sellisel juhul ei kompenseeri kahjunõue O-le lepinguga silmas peetud eesmärki: O eesmärk on olla Monet' šedöövrite ainuomanik. Sarnased erilisest naturaalsoorituse täitmise huvist kantud juhtumid on igapäevases majanduskäibes siiski erandlikud, mistõttu reeglina on võlausaldaja jaoks mõistlik eelistada kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet täitmisnõudele. Samuti võib võlausaldaja jaoks olla huvipakkuv lepingust taganemise kombineerimine kahju hüvitamise nõudega (nt VÕS § 135). Kui kohustuse täitmine on võimatu või ei ole see tulenevalt VÕS § 108 lg 2 p 2–4 järgi lõppenud, on kahju hüvitamise nõue keskne õiguskaitsevahend, mille kaudu võlausaldaja saab nõuda lepinguga silmas peetu positiivse huvi realiseerimist.¹⁹⁷

Mitterahalise kohustuse täitmisnõude ja seda asendava kahju hüvitamise nõude puhul tasub ära märkida, et Mandri-Euroopa õigussüsteemides on võlausaldajale mitterahalise kohustuse täitmisnõude võimaldamine pigem reegel.¹⁹⁸ Seevastu paljudele õiguskordadele on selline naturaalkohustuse täitmisnõue võõras või tuleb kõne alla üksnes äärmiselt piiratud juhtudel. Selline lahendus on omane eelkõige *common law* taustaga õiguskordadele, kus võlausaldaja keskne õiguskaitsevahend ei ole mitte täitmisnõue, vaid kahju hüvitamise nõue.¹⁹⁹ Ka klassikaline Rooma õigus lähtus *omnis condemnatio pecuniar* põhimõttest, eelistades kahju hüvitamise nõuet

¹⁹⁶ Vt Kalamees (2013), lk 21 jj; vrdl Kull/Käerdi/Kõve, lk243–244, lk 265–266.

¹⁹⁷ Vt ka ptk 4.4.3.1 ja 4.4.3.2, kus võrreldakse kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise eesmärke.

¹⁹⁸ Huber (2010), S. 322 ff.

¹⁹⁹ Huber (2010), S. 322 ff; vrdl Prantsuse Tsiviilkoodeks (CC) Art 1142; vt täiendavalt Huber (2008), S. 708, S. 714 ff, S. 720 ff; PECL Comm, p 395 ff; Farnsworth, p 1156; Yorio, S. 12; Atiyah, p 371 ff; lepinguõiguse ajaloolise arengu kohta *common law* maades, vt Zimmermann, S. 4 ff; Markesinis/Unberath/Johnston, p 388.

täitmisnõudele.²⁰⁰ Seega on kahju hüvitamise nõue mitte üksnes ajalooliselt, vaid ka teiste õiguskordade näitel märkimisväärselt olulisema tähendusega õiguskaitsevahend kui täitmisnõue. Seda ilmestab ka asjaolu, et kaasaegset eraõiguse normistikku, mis ei näe võlausaldajale õigust ette nõuda kahju hüvitamist, teadaolevalt ei eksisteeri. See üksnes kinnitab kahju hüvitamise nõude kesksel tähendust õiguskaitsevahendite süsteemis.²⁰¹ VÕS-i täitmisnõude ja kahju hüvitamise nõude omavahelise suhte regulatsioon põhineb CISG-i, PECL-i ja PICC-i eeskujul, mis kujutab endast sisuliselt kompromissi mandrieuroopaliku ja *common law* mõtlemise vahel.²⁰² Nii näeb VÕS küll põhimõtteliselt ette täitmisnõude esitamise võimaluse, kuid esitab sellele § 108 lg 2 olulised piirangud. Mh kaotab võlausaldaja täitmisnõude juhul, kui ta ei esita täitmisnõuet mõistliku aja jooksul kohustuse rikkumisest teada saamisest või teada saama pidamisest (VÕS § 108 lg 3–5, vt ka VÕS § 222 lg 6).

VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude materiaalõiguslikku **regulatsiooni täiendab TsMS § 365**, mille lg 1 kohaselt võib hageja (võlausaldaja) hagiavalduses nõuda, et kohus annaks koos hagi taotletava kohustuse täitmise või teo tegemisega kostjale (võlgnikule) otsuses selle täitmiseks tähtaja. Kui hagejal on sellise tähtaja möödumisel õigus nõuda kohustuse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamist, võib hageja hagiavalduses taotleda samas otsuses ka kahju hüvitise suuruse määramist (lg 2). Sellise regulatsiooni näol määrab võlausaldaja võlgnikule kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja VÕS § 114 tähenduses ning regulatsioon täiendab VÕS § 115 lg 2. Mh annab see võlausaldajale (hagejale) õiguse panna kahju hüvitamise täitmise asemel nõue maksma tingimuslikult.²⁰³

Kuna materiaalõiguse sätetest tulenevalt on võlausaldajal õigus minna täitmisnõudelt üle kahju hüvitamisele või lepingust taganeda ka enne kohtumenetluse algatamist või kohtuotsuse tegemist (mis on ka reegel) – samuti on võlausaldajal õigus menetluse käigus vahetada täitmisnõue kahju hüvitamise nõude kui surrogaadi vastu (TsMS § 376 lg 4 p 3) –, on TsMS § 365 praktiline tähendus siiski võrdlemisi tagasihoidlik. Kui hageja sellise võimaluse kasuks siiski otsustab, annab see talle tähtaja edutul möödumisel võimaluse kohe pöörduda kohtutäituri poole väljamõistetud kahjuhüvitise sundtäitmiseks.

Kokkuvõtlikult võib märkida, et kui mitterahalise kohustuse täitmisnõue võib erandlikel asjaoludel olla võlausaldaja lepingu sõlmimisega silmas peetud huvide saavutamiseks oluline, siis üldjuhul on täitmisnõude esitamine ebamõistlik ning täitmisnõudega silmas peetud majanduslik eesmärk on saavutatav kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kaudu. Ühtlasi võib väita, et erinevalt täitmisnõudest on kahju hüvitamise nõude näol tegemist õiguskaitsevahendiga, milleta kaasaegset eraõigussüsteemi ette ei kujuta ning milleta see ka tõenäoliselt mõistlikult ei funktsioneeriks. Seda kinnitavad ilmekalt peatüki sissejuhatuses toodud näited. Kui täitmisnõude

²⁰⁰ Vt Zimmermann (1996), p 35, p 771 ff, p 825 ff.

²⁰¹ Vt ka Huber (2010), S. 321 ff.

²⁰² Põhjalikult Huber (2008), S. 714 ff, S. 720ff; Huber (2010), S. 322; PECL Comm, p 395 ff; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 46, Rn 1 ff, art 28, Rn 1–3. Vt naturaaltäitmise põhimõtte arenguloo ja põhimõtete kohta põhjalikult Riehm (2015).

²⁰³ Vt nõude tingimusliku maksmapaneku võimalikkuse kohta ptk 2.8.

realiseerimine võib olla piiratud või isegi võimatu, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on sisuliselt alati realiseeritav, vähemasti niikaua, kui võlgnikul on vara, mille arvelt kohustusi täita.²⁰⁴ Utreeritult ja mõningate reservatsioonidega võib väita, et õiguskaitsevahendite süsteem toimiks tõenäoliselt edukalt ka juhul, kui ainus võla-usaldajale ette nähtud õiguskaitsevahend olekski kahju hüvitamise nõue. Mitte ühelgi teisel õiguskaitsevahendil ei ole tänapäevases majandus- ja õiguskäibes niivõrd kesksel rolli võlausaldaja õiguste tagamisel.

²⁰⁴ Vt Huber (2010), S. 322–323.

2. OSTJA ÕIGUS NÕUDA KAHJU HÜVITAMIST TÄITMISE ASEMEL MÜÜJA KOHUSTUSTE MITTETÄITMISEL

Töö teine peatükk on pühendatud ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku spetsiifilistele eeldustele olukorras, kus müüja kohustuste rikkumine seisneb kohustuste mittetäitmisel.²⁰⁵ Peatüki juhatab sisse müüja põhikohustuste ning müüja kohustuste mittetäitmise mõiste analüüs. Järgnevalt uuritakse, milliste asjaolude esinemisel tekib ostjal kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õigus ja kuidas tuleb kahju arvestada. Käsitlemisele tulevad ka nõude maksmapaneku ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamise ja kindlaksmääramisega seotud küsimused. Peatüki teises pooles analüüsitakse tüüpilisi kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet välistavaid asjaolusid. Peatüki lõpetab analüüs ostja õigusest nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel enne kohustuse sissenõutavaks muutumist, samuti uuritakse nõude tingimusliku maksmapaneku võimalusi.

Sellisel hõlmab töö teine peatükk ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku kesksete eelduste ja nõude maksmapanekut välistavate asjaolude analüüsi. Ühtlasi tuleneb sellest, et töö kolmandas peatükis, kus uuritakse ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kohustuste osalise täitmise, lepingutingimustele mittevastava asja üleandmise või kõrvalkohustuste rikkumise korral, käsitletakse ostja nõude maksmapanekuga seotud üldisi tingimusi ja nõudele esitatavaid vastuväiteid üksnes ulatuses ja aspektides, milles seadus näeb müüja vastava kohustuse rikkumise puhuks ette eriregulatsiooni. Muus osas saab nõude maksmapanekul lähtuda *mutatis mutandis* käesolevas peatükis käsitletust.²⁰⁶

2.1 Müüja põhikohustused ja kohustuste mittetäitmine

2.1.1 Asja üleandmise kohustus

Müügilepingu mõiste sätestab VÕS § 208 lg 1, mille järgi kohustub müüja andma ostjale üle asja ning tegema võimalikuks omandi ülemineku ostjale, ostja aga kohustub müüjale tasuma ostuhinna ja võtma asja vastu. Sellisel on müügilepingu peamine sisu kohustus võõrandada kokkulepitud ese tasu eest.²⁰⁷ Õiguskirjanduses märgitakse, et

²⁰⁵ Tulenevalt töö eesmärgist ei analüüsita töös lepingulise kahjunõude maksmapaneku üldisi eeldusi, nagu müügilepingu kehtivuse tingimused, kahju mõiste, põhjuslik seos kohustuse rikkumise ning tekkinud kahju vahel jt. Kahju hüvitamise nõude üldiste eelduste kohta vt nt RKTko 3-2-1-107-15, p 11; RKTko 3-2-1-173-12, p 15; RKTko 3-2-1-5-12, p 27, samuti vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115 kommentaarid.

²⁰⁶ See tähendab, et peatükides 2.2–2.8 käsitletavad küsimused ning nendega seotud kaalutlused on üle kantavad ka ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele müüja kohustuste osalisel täitmisel, asja mittevastavusel lepingutingimustele ja müüja kõrvalkohustuste rikkumisel.

²⁰⁷ Müügileping on võlaõiguslik leping, millest tuleb eristamispõhimõtte kohaselt eristada müügilepingu täitmiseks sõlmitud käsutustehinguid. TsÜS § 6 lg 3 kohaselt kehtib Eesti õiguses sarnaselt BGB-le üldine kohustus- ja käsutustehingute eristamise põhimõte; vt TsÜS Komm, § 6 kommentaarid.

müüja põhikohustusteks on müüdud asja üleandmise kohustus ja ostjale müügieseme suhtes omandiõiguse võimaldamise kohustus.²⁰⁸

Asja üleandmise kohustuse sisu on müüja poolt selliste toimingute tegemine, mille tulemusena tekib ostjal võimalus täita omapoolne müügilepingust tulenev asja vastuvõtmiskohustus ja saada asi oma valdusse. Asja üleandmiskohustuse täitmise tagatakse müügieseme müüja mõjusfäärist ostja mõjusfääri üleandmine ja asja valdus antakse üle ostjale või tehakse selle üleminek ostjale võimalikuks. Asja üleandmiskohustuse sisu on reeglina seega toimingute tegemine, mille tulemusena peaks realiseeruma müügieseme faktiline üleandmine ostjale.²⁰⁹

Asja üleandmiskohustuse sisu sätestab VÕS § 209, mille järgi võib üleandmiskohustus seisneda kas valmispanekukohustuses (VÕS § 209 lg 1), kohaletoimetamiskohustuses (VÕS § 209 lg 4 ls 1) või saatmiskohustuses (VÕS § 209 lg 4 ls 2).²¹⁰ VÕS § 209 sätestab asjaolud, mille täitmisel loetakse müüja üleandmiskohustus täidetuks. Ühtlasi järeldub VÕS § 209 järgsetest üleandmiskohustuse täitmise viisidest, et üleandmiskohustuse täitmine ei ole võrdsustatav ostjale müügieseme suhtes otsese valduse tagamisega, vaid üksnes valmispaneku-, kohaletoimetamis- või saatmiskohustuse täitmiseks vajalike toimingute tegemisega. Üleandmiskohustuse täitmine võib kattuda ostjal müügieseme suhtes otsese valduse tekkimisega, kuid see ei ole nõutav üleandmiskohustuse kohaseks täitmiseks. Müüja poolt üleandmiskohustuse täitmise tulemusena ostjale asja suhtes otsese valduse üleandmine tuleb reeglina kõne alla üksnes müüja kohaletoimetamiskohustuse puhul (VÕS § 209 lg 4 ls 1), samuti kinnisasjade müügil.

Müüja asja üleandmiskohustuse toimingute sisu sõltub suuresti sellest, kas müügiesemeks on vallas- või kinnisasi või mittekehaline ese. Nii ei saa nt kinnisasjade puhul rääkida saate- või kohaletoimetamiskohustusest, mittekehaliste esemete suhtes aga puudub võimalus teostada valdust klassikalises tähenduses. Oluline on, et võlaõigusliku üleandmiskohustuse täitmine ja vallasasja osas omandiõiguse tekkimist eeldav asja üleandmine AÕS § 92 jj tähenduses ei ole kattuvad mõisted ega pruugi seega kokku langeda.²¹¹ Milline on müüja vallasasja üleandmiskohustuse viis üksikjuhtumil, sõltub eelkõige poolte kokkuleppest.

Kui müügiesemeks on kinnisasi, on valduse üleandmiseks reeglina piisav müüja ja ostja vaheline kokkulepe valduse üleandmise kohta. Täiendavalt võib vajalik olla kinnisasjal asuvate hoonetele-ehitistele ligipääsu tagavate väravapultide, võtmete, turvakoodide jms üleandmine, mis tagab kinnisasja üle tegeliku kasutusvõimaluse. Kinnisasja üleandmine võib aset leida ka kinnisasja asukohas vastava üleandmise ja vastuvõtmise akti allkirjastamisega, millele eelneb reeglina kinnisasja ülevaatamine

²⁰⁸ Vt VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 3–5. Sarnaselt on müüja põhikohustused reguleeritud ka BGB §-s 433, vt täpsemalt Looschelders (2012), Rn 22 ff; vt ka Jauernig/Faust, § 433, Rn 18 ff. Küll aga on BGB järgi müüja põhikohustuseks tagada üleantud asja vastavus lepingutingimustele, vrdl Staudinger/Beckmann, § 433, Rn 103 ff; Jauernig/Berger, § 433 Rn 20–21; Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 1-2; HK/Saenger, § 433, Rn 10; Riehm, Rn 296.

²⁰⁹ Vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 3 ja § 209, lk 14–15.

²¹⁰ Asja üleandmiskohustuse sisu kohta vt täpsemalt VÕS Komm II/Käerdi, § 209, lk 14 jj.

²¹¹ Vt asja üleandmise kohta ka AÕS Komm I/Kullerkupp, § 92 jj kommentaarid; vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 209, lk 14–15.

tavapärasel viisil. Selliselt on ostja jaoks tagatud võimalus keelduda kinnisasja vastuvõtmisest, kui ilmnevad olulised puudused.²¹²

2.1.2 Ostjale omandiõiguse võimaldamise kohustus

Müüja teine põhikohustus on ostjale müügieseme suhtes omandiõiguse võimaldamine (VÕS § 208 lg 1). Seadus ei kohusta müüjat tagama ostjale müügieseme omandiõiguse tekkimist, vaid müüjal tuleb üksnes teha omandi üleminek ostjale võimalikuks.²¹³ Regulatsioon põhineb ideel, et müüja ei saa tagada ostjale müügieseme suhtes omandiõiguse tekkimist ilma ostjapoolsete vastavate toiminguteta, eelkõige tuleb ostjal teha tahteavaldus, mis on vajalik omandiõiguse ülemineku kokkuleppe (asjaõiguslepingu) sõlmimiseks. Selliste toimingute tegemine ja nende edukus ei sõltu müüjast.

Seega on müüja omandiõiguse võimaldamise kohustuse sisuks tagada kõigi selliste toimingute teostamine ja tingimuste täidetud, mis on vajalikud ostjale müügieseme suhtes omandiõiguse tekkimiseks.²¹⁴ Müüja peab tagama tema enda või kolmanda isiku (kui müügiese ei kuulu müüjale) poolt kõigi vajalike tahteavalduste ja toimingute tegemise. Kuna omandiõigus tekib üksnes seaduses sätestatud tingimustel, peab müüja tagama, et ostjal oleks omapoolsete toimingute tegemise tulemusena võimalik saada müügieseme omanikuks.

Oluline ei ole, et müügiese kuuluks müüjale – müüjal tuleb üksnes võimaldada talle või kolmandale isikule kuuluva müügieseme omandiõiguse üleminek ostjale (või tema määratud kolmandale isikule).²¹⁵ Vallasasjade puhul tähendab see eelkõige, et müüja peab tagama asja omaniku (müüja ise või kolmas isik) poolt omandi üleminekuks vajaliku tahteavalduse tegemise ja ostjale asja suhtes otsese valduse (AÕS § 92) või väljanõudeõiguse tekkimise (AÕS § 93). Kinnisasjade puhul peab müüja tagama õigustatud isiku (asja omaniku) poolt notariaalselt tõestatud omandiõiguse ülemineku kokkuleppe (asjaõiguskokkuleppe) sõlmimiseks vajaliku tahteavalduse andmise (AÕS § 64¹) ning nõusoleku õigustatud isiku kasuks kannete tegemiseks kinnistusraamatus (omaniku muutmise kanne) (KRS § 34¹). Ülejäänud toimingud, nagu omandiõiguse üleminekuks vajalik ostjapoolne tahteavaldus, müügieseme suhtes otsese valduse omandamiseks vajaliku asja hõivamise või kinnistusraamatu kande muutmise avalduse (jms), peab tegema ostja või tema määratud kolmas isik.

Omandireservatsiooniga vallasasja müügi korral võib müüja poolt antud omandiõiguse üleminekule suunatud käsutus olla ka tingimuslik. Sellisel juhul jääb müüja ka edaspidi kohustatuks hoiduma tegudest, mis võiksid väärata ostjal kokkulepitud

²¹² Asja vastuvõtmine on oluline, kuna vastuvõtmisega loetakse VÕS § 76 lg 4 järgi kohustuse täitmise täielikuks; vt RKTko 3-2-1-80-08, p 21; RKTko 3-2-1-93-15, p 11.

²¹³ Vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 3 jj.

²¹⁴ Vt põhjalikult VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 3–5.

²¹⁵ Müüja omandiõiguse võimaldamise kohustus loetakse täidetuks ka juhul, kui ostja saab omanikuks müügieseme heauskse omandamise tulemusena, vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 209, lk 4; sarnaselt Saksa õiguses Erman/Grunewald, § 433, Rn 19; Bamberger/Roth/Faust, § 433, Rn 37; Staudinger/ Beckmann, § 433, Rn 120.

tingimustel müügieseme suhtes omandiõiguse tekkimise.²¹⁶ Seega kuulub müüja kohustuse võimaldada ostjale müügieseme omandiõiguse tekkimine hulka ka kohustus hoiduda toimingutest ja tegevusetusest, mis võiks omandiõiguse tekkimist takistada.²¹⁷

2.1.3 Kohustuste mittetäitmine

Müüja kohustuste rikkumise kaks kõige kesksamat juhtumit on kohustuste mittetäitmine (kohustuste täitmata jätmine) ja üleantud müügieseme (asja) lepingutingimustele mittevastavus. Kuigi seaduse eksitavast sõnastusest võib jääda ebaõige mulje (vt VÕS § 100), siis täitmise viivitamine ei ole käsitletav iseseisva kohustuse rikkumise liigina, kujutades üksnes algselt täitmata kohustuse hilineunud täitmist. Kas kohustuste mittetäitmine osutub viivitusega täitmiseks, selgub alles tagantjärele: õiguskaitsevahendi kasutamise hetkel saab müüja kohustuste rikkumine seisneda reeglina kas mittetäitmises või asja lepingutingimustele mittevastavuses.²¹⁸ Olemuslikult ja tähenduselt eraldiseisva kohustuste rikkumise liigi moodustab põhikohustuste täitmist tagavate ja toetavate kõrvalkohustuste rikkumine.²¹⁹ Järgnevalt käsitletakse müüja kohustuste mittetäitmise mõistet ja selle tüüpilisi esinemisvorme.

Õiguskirjanduses märgitakse, et võlgniku poolt kohustuste mittetäitmisega on tegemist juhul, kui kohustus on jäänud täielikult täitmata.²²⁰ Mis põhjustel kohustus on jäänud täitmata, kohustuse rikkumise kui objektiivse kriteeriumi juures tähendust ei oma.²²¹ Samuti ei oma tähendust, kas rikkumise kõrvaldamine on võimalik või kas võlausaldaja võib rikkumise kõrvaldamist nõuda.²²² Saksa õiguskirjanduses loetakse mittetäitmiseks soorituse täielikku ärajäämist sõltumata sellest, kas see on ajutise või alalise iseloomuga.²²³ Osadeks jagatava kohustuse ja kvantitatiivse vähemtäitmise puhul räägitakse ka osalisest mittetäitmisest puudutavalt ärajäänud sooritust.²²⁴ Seejuures märgitakse, et osaline täitmine erineb lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisest reeglina seeläbi, et osalise täitmise puhul saab rääkida ühe iseseisva täitmisele kuuluva soorituse ärajäämisest, asja lepingutingimustele mittevastavuse korral on aga enamasti tegemist kogu täitmist puudutava kvaliteedipuudusega.²²⁵

Müüja kohustuste mittetäitmise all peetakse silmas müüja poolt mõne müügilepingust tuleneva põhikohustuse täitmata jätmist: müüja jätab müügieseme üle andmata

²¹⁶ Vrdl Saksa õiguses MüKo/Westermann, § 433, Rn 52, § 449, Rn 30.

²¹⁷ Vt Saksa õiguses MüKo/Westermann, § 433, Rn 52.

²¹⁸ Vrdl ka VÕS Komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 31 jj; Saksa õiguses on kohustuse täitmise viivitamine üks mittetäitmise vorme, vt BeckOK/Unberath, § 280, Rn 16.

²¹⁹ Vt müüja kõrvalkohustuste kohta täpsemalt ptk 3.3.1.

²²⁰ VÕS Komm I/Köve, § 100, lk 313; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 100, lk 469.

²²¹ VÕS komm I/Köve, § 100, lk 312; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 100, lk 468; sarnaselt Saksa õiguses, vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 12; Palandt/Grüneberg, § 280, Rn 12–13.

²²² Vt VÕS komm I/Köve, § 108, lk 349–350; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 108, lk 511–512; sarnaselt Saksa õiguses, Palandt/Grüneberg, § 280, Rn 12–13.

²²³ Brox, S. 201 ff.

²²⁴ Vt ka Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33; Schwarze, § 19, Rn 44.

²²⁵ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn C 7; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33.

või ei saa ostja müügieseme omanikuks.²²⁶ Väliskirjanduses loetakse mittetäitmiseks ka müügieseme üleandmise kohustuse täielikku või osalist täitmata jätmist.²²⁷ Mittetäitmisega loetakse seejuures võrdsustatuks ka selliste dokumentide üleandmata jätmise, mida ostja vajab müügieseme käsutamiseks (nt konossement, laokiri, CTO-dokument vms).²²⁸

Mittetäitmisega on tegu ka nn *aliud*-soorituse ehk müüja poolt kokkulepituga võrreldes oluliselt erineva asja üleandmisel. Mittetäitmise ja mittekohase täitmise eristamisel tuleb võtta arvesse nii soorituse tüüpi, liigitunnuseid kui ka omadusi.²²⁹ Mittetäitmise ja asja lepingutingimustele mittevastavuse eristamine võib üksikjuhtumil olla problemaatiline. Nii on näiteks Riigikohus leidnud, et müüja poolt välisuste asemel siseuste tarnimisele tuleb kohaldada asja lepingutingimustele mittevastavuse sätteid.²³⁰ Seega selleks, et müüja poolt üleantut ei saaks pidada müügilepingu täitmiseks, peab üleantud ese erinema kokkulepitust niivõrd oluliselt, et ostjale üleantut saaks pidada kokkulepituga võrreldes muuks asjaks.²³¹ Võrdlevõiguslikult väärib äramärkimist, et BGB-s on *aliud*-sooritus võrdsustatud mittekohase täitmisega ja seda nimelt põhjusel, et vältida sageli keerukaid mittetäitmise ja mittekohase täitmise piiritlemisprobleeme (vt BGB § 434 lg 3).²³²

Lõpetuseks tuleks mittetäitmiseks lugeda ka sellised juhtumid, kus ostja keeldub õigustatult lepingutingimustele mittevastava asja, kohustuste osalise täitmise või *aliud*-soorituse vastuvõtmisest,²³³ kuivõrd sellisel juhul ei saa rääkida müüja poolt ostja ees üleandmiskohustuse täitmisest.

2.2 Täiendava tähtaja edutu möödumine

2.2.1 Nõuded täiendava tähtaja avaldusele

Ainuüksi asjaolu, et müüja ei ole kokkulepitud tähtpäevaks põhikohustusi täitnud, ei õigusta ostjat nõudma kahju hüvitamist täitmise asemel. VÕS § 115 lg 2 ls 1 kohaselt saab võlausaldaja (ostja) reeglina nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui on edutult möödunud VÕS §-s 114 sätestatud rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendav tähtaeg. Täiendava tähtaja jooksul rikkumise kõrvaldamisel – s.o

²²⁶ VÕS Komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 31; vt ka VÕS Komm I/Köve, § 100, lk 313.

Vt ka Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 1–2, Rn 11–21; müüja kohustuste kohta põhjalikult MüKo/Westermann, § 433, Rn 47–71; mittetäitmise mõiste kohta põhjalikult Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 12–16.

²²⁷ StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 22.

²²⁸ MüKoHGB/Benicke, art 49, Rn 9; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 22; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 52; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 19.

²²⁹ Täpsemalt VÕS Komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 31; vrdl RKTKo lahend nr 3-2-1-50-06; vt Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 20, Rn C 6.

²³⁰ RKTKo 3-2-1-50-06, p 17.

²³¹ Vt VÕS komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 31.

²³² BeckOK/Unberath, § 281, Rn 61; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33; vt ka MüKo/Westermann, § 434, Rn 44 ff; BeckOK/Faust, BGB § 434, Rn 104–110.

²³³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 20, Rn C 5, Rn C 7; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33.

müügieseme üleandmisel, asendamisel, parandamisel või omandiõiguse võimaldamisel – ei või ostja reeglina nõuda enam kahju hüvitamist täitmise asemel, kuna müüja on (järel)täitmise teel rikkumise kõrvaldanud ja edaspidi täitmiskohustust ei eksisteeri.²³⁴ Ilma täiendavat tähtaega määramata võib võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes erandlikult.²³⁵ Järgnevalt analüüsitakse, milliste nõuetele peab vastama ostja poolt täiendava tähtaja määramise avaldus, milline peaks olema rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja pikkus²³⁶ ja millised on täiendava tähtaja andmisega kaasnevad tagajärjed pooltele.²³⁷

Regulatsiooni, mille kohaselt tuleb ostjal kahju täitmise asemel nõude esitamiseks määrata müüjale eelnevalt rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg, kõige kessem tagajärg on, et täitmisenõudelt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele üleminek eeldab ostjalt aktiivset rikkumise olukorda sekkumist, s.o üksnes kohustuse rikkumise fakt (kohustuste mittetäitmine või mittekohane täitmine) kui selline ei ole reeglina piisav täitmise asemel kahjunõude esitamiseks.²³⁸ Märkimisväärne on, et selline VÕS-i lahendus on põhimõtteliselt erinev CISG-st, PECL-st ja PICC-st, kus ostja võib nt kahjunõude puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamiseks esitada ilma, et oleks täidetud täiendavad tingimused, sh ei pea ostja määrama müüjale puuduste kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega.²³⁹

Täiendava tähtaja andmine on ühtaegu nii võlausaldaja õigus kui ka kohustus. Õigus tulenevalt võimalusest kujundada tema käsutuses olevat õiguskaitsevahendite arsenalit ja saavutada täiendava tähtaja andmise kaudu õigusselgus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise või lepingust taganemise õigustatuse suhtes (VÕS § 115 lg 2 ls 1, § 116 lg 2 p 5).²⁴⁰ Kohustus aga seeläbi, et täiendava tähtaja andmiseta ei saa ostja reeglina kasutada täitmisenõuet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, eelkõige nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja lepingust taganeda.²⁴¹

Mitte igasugune ostja tehtud avaldus ei ole käsitletav müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja andmisena. Täiendava tähtaja andmise avaldusele ette nähtud nõudmised on tihedalt seotud täiendava tähtaja instituudi funktsioonidega.²⁴² Õiguskirjanduses märgitakse, et täiendava tähtaja määramine tuleb võlgnikule selgelt

²³⁴ Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 586; VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 388, mõnevõrra vastuoluliselt lk-del 389–390.

²³⁵ RKTko 3-2-1-100-15, p 19. Vt selle kohta täpsemalt ptk 2.3.

²³⁶ Ptk 2.2.2.

²³⁷ Ptk 2.2.3.

²³⁸ Vt ka Pavelts/Sein, p 149 ff; Sein (2012), lk 217 jj.

²³⁹ See ei piira müüja heastamise õigust, millega seotud riisiko on ostja kanda, vt Pavelts/Sein, p 149 ff.

²⁴⁰ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 387 ja § 116, lk 402; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 584 ja § 116, lk 610.

²⁴¹ Erandiks on olukord, kus müüja poolt täitmisega viivitamine muutub ajas selliseks oluliseks rikkumiseks, mis annab võlausaldajale õiguse koheselt nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (vt VÕS § 115 lg 3, § 116 lg 1 p 1–4, samuti BGB § 281 lg 2). Seaduse järgi ei ole õigus alandada hinda seotud võlgnikule eelnevalt täiendava tähtaja määramise ja selle edutu möödumisega. Vt problemaatika kohta Kalamees (2011), lk 123 jj, lk 133 jj, samuti RKTko lahend nr 3-2-1-156-11, p 20.

²⁴² Vt ptk 1.2.

edastada ning võlgnikul peab tähtaja määramise avaldusest olema mõistlikult võimalik aru saada, et sellega antakse talle rikkumise kõrvaldamiseks viimane võimalus.²⁴³ Kuna täiendava tähtaja andmisega võivad müüjale kaasneda olulised negatiivsed tagajärjed – ostja õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel –, on õiguskirjanduses leitud, et täiendava tähtaja andmisel tuleks võlausaldajal hea usu põhimõttest tulenevalt hoiatada võlgnikku rikkumise kõrvaldamata jätmisega kaasnevatest tagajärgedest, nt õiguse eest lepingust taganeda.²⁴⁴

Autor sellise käsitlemisega ei nõustu – selline tõlgendus ei vasta seaduse regulatsioonile ega ole mõistlikus kooskõlas võlgniku ja võlausaldaja vaheliste riskide (sh kommunikatsiooniriski) jaotusega. Võlgnik, kes on jätnud algselt kokkulepitud tähtpäeval ja ka rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja perioodil võlgnetavad kohustused täitmata, peaks arvestama ka kõige rängemate tagajärgedega, sh võlausaldaja õigusega lepingust taganeda või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega. Selline võlgnik ei vääri reeglina täiendavat hea usu põhimõttest tulenevat kaitset. Lugesdes võimalikus kohtuvaidluses lepingust taganemise tagajärjetuks üksnes põhjusel, et võlausaldaja ei ole teavitanud võlgnikku rikkumise kõrvaldamisega seotud võimalikest tagajärgedest olukorras, kus võlgnik on kohustusi korduvalt ja oluliselt rikkunud, ei oleks reeglina võlausaldaja suhtes proportsionaalne.

Õiguskirjanduses esindatud tõlgenduse kahjuks räägib ka asjaolu, et täiendava tähtaja edutu möödumisega ei kaasne *ipso iure* lepingust taganemist või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist, vaid üksnes võlausaldaja vabadus valida erinevate õiguskaitsevahendite vahel.²⁴⁵ See tähendab ühtlasi, et võlausaldaja, kes annab võlgnikule täiendava tähtaja, ei pea juba tähtaja määramisel otsustama, kas ta soovib täitmissuhtega jätkata, lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Sellise otsustuse tegemine juba tähtaja määramisel ei ole enamasti võlausaldaja jaoks võimalik ainuüksi põhjusel, et talle on teadmata, kas ja kui, siis millises osas, kavatseb võlgnik rikkumise täiendava tähtaja perioodil kõrvaldada. Kuna täiendava tähtaja edutul möödumisel on võlausaldajale tagatud õiguskaitsevahendite valikuõigus, võib lepingust taganemise või kahju täitmise asemel nõude esitamisega ähvardamine osutuda isegi eksitavaks. Seega tuleks võlausaldajal vältida olukorda, kus ta juba täiendava tähtaja andmisel seob end konkreetse õiguskaitsevahendi kasuks otsustamisega, kuna vastasel juhul võib õiguskaitsevahendi hilisem vahetamine olla piiratud tulenevalt *venire contra factum proprium* keelu põhimõttest.²⁴⁶ Võrdlevalt võib välja tuua, et SMG vastuvõtmisega on ka BGB-s teadlikult loobutud lahendusest, kus võlausaldaja peab hoiatama võlgnikku täiendava tähtaja edutu möödumisega kaasnevatest võimalikest tagajärgedest. Leitakse, et võlgnik, kes ei täida sooritust või teeb selle mittekohaselt, peab täiendava tähtaja määramisel arvestama, et võlausaldaja

²⁴³ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 388; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 586; vt täiendava tähtaja andmise probleematika kohta asja lepingutingimustele mittevastavuse korral ptk 3.2.3.

²⁴⁴ VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 402 ja § 118, lk 412; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 611, § 118, lk 623.

²⁴⁵ Vt täpsemalt ptk 4.3.1.

²⁴⁶ Vt selle kohta võrdlevalt Oechsler, S. 104.

võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või lepingust taganeda, mistõttu ei ole ka täiendav hoiatamine õigustatud ega vajalik.²⁴⁷

Kuna Eesti õiguses puudub täiendava tähtaja määramise avaldusele esitatavate nõuete osas väljakujunenud kohtupraktika, samuti ei ole küsimus leidnud ulatuslikumat analüüsi õiguskirjanduses, on täiendava tähtaja avaldusega seotud nõuete väljaselgitamiseks kohane pöörduda regulatsiooni eeskujuks olnud Saksa õiguse poole. Saksa õiguse järgi peab täiendav tähtaja andmise avaldus sisaldama selget ja arusaadavat nõuet täitmiseks.²⁴⁸ Üksnes viide müügieseme puudustele või võlausaldaja järelepäring võlgniku sooritusvõime osas ei pruugi olla piisav, kuna sellest ei ilmne avalduse tõsidus müüja jaoks.²⁴⁹ Samas ei pea täiendava tähtaja avaldus sisaldama viidet, et tegemist on võlgniku viimase võimalusega kohustused täita, samuti ähvardust või hoiatust võimalike kasutatavate õiguskaitsevahendite kohta.²⁵⁰

VÕS ei sätesta, et võlausaldaja *peaks täiendava tähtaja määrama* kindla perioodi sees peale rikkumisest teadasaamist või teada saama pidamist.²⁵¹ Sellist täiendava tähtaja määramise piirangut ei näe ette ka BGB. Saksa õiguskirjanduses leitakse, et täiendava tähtaja määramise ajalised piirangud saavad tuleneda üksnes üldisest hea usu põhimõttest²⁵² ja võlgniku huvid on reeglina kaitstud seeläbi, et tal on alati võimalik rikkumine täitmise teel lõpetada.²⁵³ Kodumaises õiguskirjanduses märgitakse, et kui võlausaldaja soovib taganeda lepingust põhjendusel, et võlgnik ei ole täiendava tähtaja jooksul rikkumist kõrvaldanud, tuleb tal *täiendav tähtaeg määrata* mõistliku aja jooksul rikkumisest teadasaamisest.²⁵⁴ Sisuliselt on sellega soovitud öelda, et kui võlausaldaja soovib taganeda lepingust VÕS § 116 lg 2 p 5 alusel, tuleb tal selleks, et muuta kohustuse rikkumine oluliseks läbi täiendava tähtaja edutu möödumise, määrata täiendav tähtaeg mõistliku aja jooksul rikkumisest teada saamisest.

Autor ei nõustu sellise tõlgendusega mitmel põhjusel. Esiteks, sellist olulist taganemisõiguse maksmapanekut kitsendavat kriteeriumi seadus ühelgi viisil ette ei näe. Tõlgendamise tagaukse kaudu ei tohiks lubada õiguskaitsevahendi maksmapaneku oluliste kitsenduste n-ö juurdetõlgendamist, kuivõrd selliste piirangute kehtestamine peaks olema legislatiivorganite pädevuses. Üksikjuhtumi kuritarvitusi on edukalt võimalik ära hoida õiguste kuritarvitamise keelu kaudu (VÕS § 6, TsÜS § 138). Teiseks, sellise tõlgenduse puhul võib realiseeruda tulemus, kus võlausaldaja kaotab õiguse

²⁴⁷ Vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 83–85; Soergel/Gsell, § 325, Rn 56; BT-Drucks 14/7052, S. 185; BT-Drucks 14/6040, S. 139, S. 185.

²⁴⁸ Bamberg/Roth/Unberath, § 281, Rn 14; VÕS seevastu otseselt täitmisnõude esitamist ei eelda.

²⁴⁹ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 37.

²⁵⁰ Vt BGH NJW 2010, 2201, mille järgi peab täiendava tähtaja andmise tulemusena olema võlgniku jaoks selge, et peale täiendava tähtaja edutut möödumist ei soovi võlausaldaja enam täitmist.

²⁵¹ Sarnaselt VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 388–389; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 587.

²⁵² Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 96 ff; MüKo/Ernst, § 281, Rn 29; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 33.

²⁵³ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 96; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 33; Soergel/Gsell, § 323, Rn 69.

²⁵⁴ Vrdl VÕS Komm I/Köve, § 118, lk 412–413; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 118, lk 623. Selline käsitus on siiski võrdlemisi küsitav, kuna seadus sellist nõuet ette ei näe. Erandjuhtumitel on olukord lahendatav üldise õiguste kuritarvitamise keelu ja hea usu põhimõtte abil.

lepingust taganeda veel enne, kui tal taganemisõigus tekib. Nt müüja M annab O-le üle asja, millel ilmnevad kõrvaldatavad puudused. Kuna ainuüksi puuduste iseloom O-d VÕS § 116 lg 2 p 1–2 järgi lepingust taganema ei õigusta, võiks O õigus lepingust taganeda tuleneda VÕS § 116 lg 2 p-st 5. Selleks peaks O aga määrama M-le rikkumise kõrvaldamiseks mõistliku tähtaja. Kui nüüd väita, et O-l on täiendava tähtaja määramise õigus üksnes piiratud tähtaja jooksul (nt 2 kuud), oleks tulemus, et O kaotaks lepingust taganemise õiguse veel enne, kui tal selline õigus tekib. Selline tulemus oleks aga ebaloogiline – õigus, mis ei ole isegi tekkinud, ei saa n-õ õigust lõpetava tähtaja möödumise tõttu lõppeda.²⁵⁵ Kolmandaks ei võta õiguskirjanduses esitatud tõlgendus piisavalt arvesse täiendava tähtaja instituudi selliseid eesmäärke nagu selle selgitamisfunktsioon, samuti võlausaldajale lihtsustatud ja selge täitmisnõudelt teistele õiguskaitsevahenditele ülemineku võimaluse tagamine.

Kui taganemisõiguse juures võiks teatud mõõndustega täiendava tähtaja määramise tähtajaline piirang isegi kõne alla tulla, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kontekstis peaks see olema põhimõtteliselt välistatud. Vastasel juhul kaotaks ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sootuks, sh puuduks tal edaspidi õigus nõuda ka müügieseme puuduste kõrvaldamise kulude või kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe hüvitamist. Kuna erinevalt lepingust taganemisele seadus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule üldist õigust lõpetavat tähtaega ette ei näe,²⁵⁶ oleks nõude esitamise õiguse kitsendamine täiendava tähtaja määramisele piirangute seadmise kaudu vastuolus seaduse üldise loogikaga. Mh tooks see kaasa tulemuse, kus teatud juhtudel kaotaks ostja üldse adekvaatse võimaluse oma õigusi kaitsta.

Näide: pärast ettemaksu tasumist jätab müüja ostjale kauba tähtaegselt üle andmata. Ostja ei tagane mõistliku aja jooksul lepingust ega määra müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, kaotades selle tulemusena nii õiguse lepingust taganeda kui ka nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Kui müügieseme üleandmine on võimatu (VÕS § 108 lg 2 p 1) või on ostja kaotanud täitmisnõude esitamise õiguse (vrdl VÕS § 108 lg 3 ja lg 5), puudub ostjal sisuliselt igasugune võimalus oma õigusi kaitsta – ostja täitmisnõue on lõppenud, hinna alandamine ja viivisenõue ei tule aga kohustuse rikkumise iseloomust tulenevalt kõne alla. Seega kui lugeda nii taganemisõigus kui ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õigus lõppenuks, puuduks ostjal võimalus oma õigusi kaitsta. Eelnev näide ilmestab hästi, et kui täiendava tähtaja määramise ajaline piirang laieneks ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele, oleks lõpptulemus ebarahuldav. Seega ei saa kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kontekstis täiendava tähtaja määramist ajaliselt piirata.²⁵⁷

²⁵⁵ Rõhutada tuleb, et VÕS § 118 lg 1 järgi hakkab taganemiseks ette nähtud mõistlik aeg kulgema võlausaldaja poolt *olulisest lepingurikkumisest* teada saamisest või teada saama pidamisest. Vrdl ka RKTko 3-2-1-157-12, p 16 ja 17; vrdl ka VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 623. Seega, kui rikkumine ei ole oluline, ei saa ka lepingust taganemise mõistlik aeg hakata kulgema enne täiendava tähtaja edutut möödumist (vrdl VÕS § 116 lg 2 p 5).

²⁵⁶ Vt selle kohta täpsemalt ptk 2.6.1.

²⁵⁷ Alternatiivselt võib näidskaasuse lahendamine olla võimalik ka selliselt, et vaatamata täiendava tähtaja määramise õiguse lõppemisele võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel VÕS § 115 lg 3 järgi. Sellisel juhul täiendava tähtaja määramise ajalise piirangu küsimus ei tõusetu.

Oluline on märkida, et täiendava tähtaja andmise eesmärgist ja seaduse sõnastusest tulenevalt saab ostja (võlausaldaja) määrata müüjale (võlgnikule) rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja alles *peale kohustuse sissenõutavaks* muutumist.²⁵⁸ See tähendab, et enne kohustuse sissenõutavaks muutumist antud täiendav tähtaeg ei oma põhimõtteliselt tähendust ja sellega ei kaasne õiguslikke tagajärgi.²⁵⁹ Küll aga võib kõne alla tulla, et ostja määrab täiendava tähtaja juba sellises avalduses, mille tegemine on vajalik kohustuse sissenõutavaks muutumiseks.²⁶⁰ Kui ostja esitab hagi, olemata määranud eelnevalt rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, võib üksikjuhtumil kõne alla tulla täiendava tähtaja määramine ka menetluse käigus.²⁶¹ Täiendava tähtaja andmine ei tohiks omada toimet aga juhul, kui ostja nõue on küll sissenõutav, kuid see ei ole maksmapandav, s.o kui müüja võib esitada ostja täitmisenõudele selle maksmapanekut välistava vastuväite,²⁶² nt aegumise või kinnipidamisõiguse (omapoolse kohustuse täitmisest keeldumise õiguse) vastuväite,²⁶³ või kui ta võib lepingu tühistada või sellest taganeda. Siiski peaks selline müüja vastuväide omama toimet üksnes juhul, kui ta sellistele asjaoludele tugineb. Kui müüja esitab kinnipidamisõigusele tugineva vastuväite, saab ostja edukalt määrata täiendava tähtaja üksnes juhul, kui ta pakub ühes täiendava tähtaja määramisega omapoolsete kohustuste täitmist ja see lõpetab müüja kinnipidamisõiguse.²⁶⁴

Küsitav on täiendava tähtaja määramise toime kulgema hakkamine läbi võlausaldaja poolt täitmisenõude esitamise. Nimelt sätestab VÕS § 114 lg 1 ls 2, et kui võlausaldaja nõuab võlgnikult kohustuse täitmist, kuid ei määra selleks täiendavat tähtaega, eeldatakse, et täitmiseks on antud mõistlik täiendav tähtaeg. Selliselt hakkab täiendav tähtaeg eelduslikult kulgema ka võlausaldaja poolt üksnes täitmisenõude esitamisest või ka teatest, et ta endiselt soovib täitmist.²⁶⁵ Autori hinnangul ei paku selline regulatsioon piisavalt õiguskindlust: kuna täiendava tähtaja andmisega võivad nii võlgnikule kui ka võlausaldajale kaasneda olulised tagajärjed, peaks täiendava tähtaja kulgema hakkamisena olema käsitletav üksnes selline tahteavaldus, millest ka

²⁵⁸ VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 388; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 586; sarnaselt ka Saksa õiguses, vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 29 ff; MüKo/Ernst, § 281, Rn 18. Saksa õiguse järgi Looschelders (2014), Rn 612.

²⁵⁹ Sarnaselt Saksa õiguses Jauernig/Stadler, § 281, Rn 6; AnwKom BGB/Dauner-Lieb, § 281, Rn 14.

²⁶⁰ Vt selle kohta Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 281 Rn 27, kriitiliselt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 30.

²⁶¹ Vt ka ptk 3.2.3, kus käsitletakse täiendava tähtaja andmisega seotud erisusi asja lepingutingimustele mittevastavuse korral.

²⁶² Sarnaselt Saksa õiguses Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 7; vt põhjalikult Herresthal, S. 561 ff.

²⁶³ Vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 10; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 15; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn 73; MüKo/Ernst, § 281, Rn 19.

²⁶⁴ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 74; MüKo/Ernst, § 281, Rn 19; kinnipidamisõigus võib tuleneda ka VÕS § 111 lg-st 4, vt selle kohta võrdlevalt Saksa õiguses BGB § 321 kohta Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 77; Staudinger/Otto, § 321, Rn 17 ff.

²⁶⁵ Sarnaselt VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 388–389; piiratumalt VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 586–587.

tegelikkuses on täiendava tähtaja määramise soov mõistlikult tuvastatav.²⁶⁶ Kehtiva regulatsiooni kohaselt peab aga võlgnik arvestama, et kui ta täitmisenõude esitamise järgselt ei asu rikkumist kõrvaldama, võib võlausaldaja mõistliku tähtaja möödudes nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või lepingust taganeda (VÕS § 115 lg 2 ls 1, VÕS § 116 lg 2 p 5). Seda ka juhul, kui puudub võlausaldajapoolne selgesõnaline täiendava tähtaja andmine. Sisuliselt tähendab see aga, et võlgnik kannab võlausaldaja tahteavalduse täiendava tähtaja andmiseks tõlgendamise riisikot. Eeltoodust tulenevalt ning võttes arvesse, et VÕS § 114 lg 1 ls 2 lahendus ei taga piisavalt õigusselgust võlgnikule ega võlausaldajale, ei ole regulatsioon autori hinnangul kokkusobiv täiendava tähtaja andmise instituudi olemuse ja eesmärkidega.²⁶⁷ Autori hinnangul oleks mõlemapoolseid huve arvestades mõistlik, et VÕS §-i 114 lg 1 muudetaks selliselt, et sätte ls 2 jäetakse seadusest välja. Selline *de lege ferenda* muudatus on autori hinnangul vajalik, kuivõrd üksnes seaduse kitsendavast tõlgendamisest ei pruugi siin piisata.

Üldiselt tuleks täiendava tähtaja määramist ja selle edutul möödumisel täitmisenõudelt kahju hüvitamise nõudele üleminekut lubada ka kohtumenetluse käigus.²⁶⁸ S.o täitmisenõude ja täitmishagi esitamine ei peaks piirama võlausaldaja õigust asendada täitmisenõue menetluse käigus kahju hüvitamise nõudega. Selline vajadus võib tekkida eelkõige juhul, kui täitmine on menetluse käigus muutunud võimatuks või kui võlgnik selgelt keeldub kohustuste täitmisest. Samuti võib see olla mõistlik ja vajalik juhul, kui seeläbi on võimalik kahjusid vähendada või edasisi kahjusid ära hoida.²⁶⁹ Küll aga peab selline nõude muutmine olema kooskõlas menetlusnormidega, eelkõige peab see olema tehtud õigeaegselt (TsMS § 329 jj). Eeltoodu ei tähenda aga, et ostja, kes on esitanud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude olukorras, kus nõude maksmapaneku eeldused ei ole täidetud, nt ei ole ta määranud müüjale kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, saaks sellise minetuse menetluse käigus asendada. Nagu märgitud, peaks selline võimalus tulema kõne alla üksnes erandlikult. Üldreeglinas tuleks autori hinnangul aga selline hagi, mis on selle esitamise seisuga õigustamatu, jätta rahuldamata.²⁷⁰

Kuna seadus ei sätesta täiendava tähtaja andmise avaldusele vorminõuet, siis tulenevalt üldisest vormivabaduse põhimõttest võib see toimuda vormivabalt (vt ka VÕS § 13 lg 2).²⁷¹ See tähendab, et tähtaja määramine võib toimuda ka suuliselt või asjaoludest tulenevalt ka konkludentselt. Siiski on tugevalt küsitav, kas ja millistel tingimustel saab konkludentselt tehtud täiendava tähtaja määramist lugeda piisavaks. Eelkõige on problemaatiline, kuivõrd vastab selline tahteavaldus täiendava tähtaja

²⁶⁶ Vt võrdlevalt täiendava tähtaja avalduse esitatud rangete nõuete osas MüKo/Ernst, § 281, Rn 30 ff; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 97 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B35 ff.

²⁶⁷ Eelkõige täiendava tähtaja hoiatusfunktsioon: võlgnik peab aru saama, et täiendava tähtaja andmisega on talle antud n-ö viimane võimalus rikkumine oma vahenditest kõrvaldada.

²⁶⁸ Martis, S. 1293 ff; vrđl ka TsMS § 376.

²⁶⁹ Küsitav on, kas üksikjuhtumil võib võlausaldajal VÕS §-st 139 tulenevalt olla ka selline kohustus.

²⁷⁰ Vrd RKTko 3-2-1-53-16, p 15.

²⁷¹ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 388; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 586; sarnaselt BGB järgi, vt MüKo/Ernst, § 323, Rn 55; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 92; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 14.

avalduse nõuetele, s.o kas see on piisavalt selge ja täpne. Samuti võib konkludentset määratud täiendava tähtaja avalduse puhul olla võlgnikul raskusi mõista, et tegemist on talle rikkumise kõrvaldamiseks viimase võimaluse andmisega. Kuigi tegemist on eelkõige tõlgendusliku küsimusega, tuleks konkludentssesse täiendava tähtaja määramisse suhtuda konservatiivselt.

2.2.2 Täiendava tähtaja pikkus

Seadus ei sätesta selgesõnaliselt, kui pikk peab olema võlgnikule (müüjale) rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendav tähtaeg. Küll aga tuleneb VÕS §-st 114 lg 1 ls 3, et kui võlausaldaja on täitmiseks andnud ebamõistliku tähtaja, pikeneb see mõistliku tähtajani.²⁷² Sellest saab järeldada, et täiendav tähtaeg peab olema mõistliku pikkusega.²⁷³ Ühtlasi tuleneb VÕS §-st 114 lg 1 ls 3, et täiendava tähtaja pikkus ei ole (üksnes) võlausaldaja otsustada ja ebamõistlikult lühike tähtaeg pikeneb seaduse jõul mõistliku tähtajani.²⁷⁴ Teistpidi tähendab see, et võlausaldaja määratud ebapiisav tähtaeg ei too kaasa täiendava tähtaja määramise kehtetust, vaid üksnes tähtaja pikenemise ning tähtaja andmisega seotud võlausaldaja õigused realiseeruvad pikenenud tähtaja möödumisel. Selliselt on seadusandja leidnud optimaalse lahenduse, tagades ühelt poolt võlgnikule mõistliku täiendava tähtaja realiseerumise, teiselt poolt aga aitab regulatsioon vähendada mõistliku täiendava tähtaja kui määratlemata õigusmõistega paratamatult kaasnevat ebakindlust ning riski, et ebamõistlikult lühikesse täiendava tähtaja määramisega kaasneb võlausaldaja jaoks tulemus, kus alles kohtumenetluse lõpuks selgub, et tähtaja ebamõistlikkuse tõttu puudus tal õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.

Täiendava tähtaja pikkus on seotud täiendava tähtaja eesmärkidega. Nii peab täiendav tähtaeg tagama müüjale (võlgnikule) võimaluse rikkumine oma vahenditest kõrvaldada. Selleks peab täiendav tähtaeg olema piisava pikkusega: üksnes juhul, kui võlgnikul on täiendava tähtaja andmise tulemusena tekkinud reaalne võimalus rikkumine heastada, saab täiendava tähtaja edutul möödumisel olla tagajärg, et see õigustab täitmissuhet lõpetama.²⁷⁵ Tähtaja mõistlikkuse hindamisel on seega mh oluline, kas täiendav tähtaeg tagab põhimõtteliselt võlgnikule võimaluse rikkumine enne tähtaja möödumist kõrvaldada. See aga ei tähenda, et võlgnik peaks täiendava tähtaja teel saama uue võimaluse täitmine algusest peale teostada või alles alustada täitmise ettevalmistustega.²⁷⁶ Täiendava tähtaja eesmärk on võimaldada juba alustatud sooritus lõpetada või puudused kõrvaldada, s.o anda viimane võimalus soorituse lõpuleviimiseks.²⁷⁷ Seega saab täiendava tähtaja andmisel lähtuda eeldusest, et sooritus

²⁷² Siin sarnaneb regulatsioon BGB-ga. Nii on nt BGH märkinud, et nõue kohustuse koheseks või viivitamatuks täitmiseks on piisav, vt BGH NJW 2009, 3153; Looschelders (2014), Rn 616.

²⁷³ Kaudselt võib selle tuletada ka VÕS § 114 lg-st 1, kuid erinevalt VÕS § 114 lg-st 3 ei sätesta see sanktsiooni.

²⁷⁴ Sarnaselt BGB järgi, vt Looschelders (2014), Rn 616.

²⁷⁵ Vt sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 389; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 587.

²⁷⁶ Vrdl Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 117.

²⁷⁷ MüKo/Ernst, § 323, Rn 73.

on üldiselt juba valmis ja võlgnikul on sooritus vaja üksnes viimistleda.²⁷⁸ Selliselt tuleb täiendava tähtaja mõistlikkuse juures arvestada ühtaegu nii võlgniku kui ka võlausaldaja huvidega,²⁷⁹ mistõttu võib täiendav tähtaeg olla reeglina oluliselt lühem, kui lepinguga kokkulepitud tähtaeg soorituse tegemiseks.²⁸⁰

Õiguskirjanduses märgitakse, et mõistliku täiendava tähtaja pikkus sõltub konkreetsest üksikjuhtumist ja sellega seotud asjaoludest, nagu võlasuhte olemus, lepingu hind, pooltevaheline praktika jms asjaolud.²⁸¹ Saksa õiguskirjanduses rõhutatakse, et tähtaja mõistlikkuse osas tuleb lähtuda objektiivsetest asjaoludest²⁸² ning eeldõige on olulised poolte ootused ja huvid seoses lepingu ning kohustuse täitmisega, samuti tuleb arvesse võtta, milline on tehingu ja rikkumise iseloom,²⁸³ milline on olnud periood, mis võlgnikul on olnud kokkulepitud soorituse tegemiseks ning soorituse vajalikkus võlausaldajale ja selle äratuntavus võlgnikule.²⁸⁴ Samas rõhutatakse, et täiendava tähtaja pikkuse hindamisel ei oma tähendust, millised on tähtaja edutu möödumise *tagajärjed* võlgnikule, mh kas sellega võib kaasneda võlausaldaja poolt lepingust taganemine (vms). Seda mh seetõttu, et täiendava tähtaja edutu möödumine ei tähenda, et võlausaldaja kindlasti loobub edaspidi täitmissuhtest.²⁸⁵

Saksa õiguses leitakse üldiselt, et täiendav tähtaeg võib olla tavapärasest lühem, kui täitmisega viivitamisel kaasneb võlausaldaja jaoks ulatusliku kahju tekkimise oht. Sellisel juhul on võlausaldaja huvi suunatud sellele, et võimalikult kiiresti selguks asendustehingu tegemise vajadus.²⁸⁶ Nii võibki üksikjuhtumil mõistlik täiendav tähtaeg olla ka üksnes paar päeva või pelgalt mõni tund.²⁸⁷ Mittekohase täitmise puhul peab reelina olema müüjale tagatud reaalne võimalus rikkumine kõrvaldada.²⁸⁸ Olukorras, kus võlgnik määrab ise tähtaja, mille jooksul ta lubab kohustused täita, tuleks see reeglina lugeda talle siduvaks.²⁸⁹ Rusikareegliks võib pidada, et mida suurem on võlausaldaja huvi kohustuse täpse täitmise vastu, seda lühem võib olla täiendav tähtaeg.²⁹⁰ Samuti, mida pikem on olnud võlgniku viivitus, seda lühem peaks olema määratav täiendav tähtaeg, kuna sellisel juhul on võlgnikul olnud piisavalt aega rikkumine kõrvaldada.²⁹¹

Problemaatiline võib olla olukord juhul, kui võlausaldaja nõuab võlgnikult täitmist „koheselt”, „viivitamatult” või „silmapilkselt”. Saksamaa Liidukohus (BGH) on leidnud, et selline võlausaldaja avaldus on piisav, et lugeda täiendav tähtaeg antuks.

²⁷⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 46.

²⁷⁹ Vt Höffmann, S. 158–159; Oechsler, S. 104 ff.

²⁸⁰ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 46.

²⁸¹ VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 389; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 587; vt RKTko 3-2-1-153-14, p 10.

²⁸² Schlechtriem/Schmidt-Kessel, S. 246; MüKo/Ernst, § 323 Rn 72.

²⁸³ Vt ka Schlechtriem/Schmidt-Kessel, S. 246.

²⁸⁴ Vt nt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 118.

²⁸⁵ Höffmann, S. 159. Vt selle kohta ka ptk 2.2.1.

²⁸⁶ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 118.

²⁸⁷ BeckOK/Unberath, § 281, Rn 15.

²⁸⁸ Nomos Komm/Dauner-Lieab, § 286, Rn 34.

²⁸⁹ Vrdl MüKo/Ernst, § 323, Rn 71.

²⁹⁰ MüKo/Ernst, § 323, Rn 72.

²⁹¹ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 47.

Märgitakse, et oluline on, et võlausaldaja avaldusest nähtuks, et ta aktsepteerib võlgniku täitmist üksnes kindla piiratud tähtaja sees. BGH arvamuse kohaselt ei sätesta seadus (BGB §-d 281 ja 323), et täiendav tähtaeg peaks olema kalendriliselt määratletud või peab sellest nähtuma konkreetne ajaühik. Tähtjaks saab lugeda ajaperioodi, mis on kindel või vähemasti kindlaks määratav. „Viivitamatust” täitmise nõudest ei tulene, et võlgnik võiks täita kohustuse piiramatu tähtaja või talle sobiva aja jooksul.²⁹² Selline praktika on leidnud Saksa õiguskirjanduses tugevat kriitikat, eelkõige põhjusel, et sellega kaasneb võlgniku jaoks oluline ebakindlus: võlgniku jaoks on arusaamatu, millise perioodi jooksul võib ta rikkumise natuuras kõrvaldada.²⁹³ Eelkõige on aga küsitav, kas „kohesel”, „viivitamatul” või nt „silmapilksel” täitmise nõudmisel saab üldse rääkida tähtaja määramisest. Autori hinnangul tuleks seda eitada, kuna sellised võlausaldaja keelelised väljendused ei sisalda olemuslikult tähtaja määramist, vaid üksnes nõude esitamist. Samas VÕS-i kontekstis, mille § 114 lg 1 ls 2 järgi eeldatakse täitmisenõude esitamisel, et täitmiseks on antud mõistlik täiendav tähtaeg, sellist täiendava tähtaja kulgema hakkamisega seotud problemaatikat siiski tõenäoliselt ei tõusetu. Auori hinnangul on VÕS § 114 lg 1 ls 2 regulatsioon siiski ebaõnnestunud ja tuleks tühistada.²⁹⁴

Kui võlausaldaja (ostja) antud täiendav tähtaeg on aga seaduses ettenähtust pikem, peaks see tooma kaasa võlausaldaja seotuse määratud tähtajaga, s.o täiendava tähtaja määramise järgselt ei peaks võlausaldaja saama seda ühepoolset lühendada.²⁹⁵ See tuleneb kaalutlusest, et täiendava tähtaja määramisega garanteerib võlausaldaja vastavaks perioodiks õiguskindluse ning võlgnik võib arvestada, et määratud tähtaja jooksul kohustuste täitmisel võlausaldaja seda aktsepteerib (vt VÕS § 114 lg 3).²⁹⁶ Seevastu võlausaldaja poolt täiendava tähtaja ühepoolne pikendamine peaks olema reeglina lubatud, kuna see ei kahjusta võlgniku huve.²⁹⁷ Kuna täiendava tähtaja andmisel on ka teatav kujundusõiguslik mõju, ei või täiendavat tähtaega reeglina määrata tingimuslikult.²⁹⁸ Võttes arvesse, et täiendava tähtaja möödumine *ipso iure* pooltevahelist täitmissuhet ei muuda ega lõpeta, võib võlausaldaja põhimõtteliselt määrata täiendava tähtaja korduvalt.²⁹⁹

²⁹² BGH NJW 2009, 3153.

²⁹³ Vt nt Schollmeyer, S. 491 ff; Dubovitskaya, S. 328 ff; Höffmann, S. 155–157.

²⁹⁴ Vt selle kohta ptk 2.2.1.

²⁹⁵ Höffmann, § 8 I.2; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 119; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 17.

²⁹⁶ Selle kohta Saksa õiguses vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 119; Staudinger/Schwarze, §281, Rn B 20, B 52; Soergel/Gsell, § 323, Rn 60.

²⁹⁷ Vt MüKo/Ernst, § 323, Rn 55.

²⁹⁸ Täiendava tähtaja määramine võlasuhet ümber ei kujunda, kuid loob eeldused täitmissuhet lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamiseks; vt ka Höffmann, S. 37 ff.

²⁹⁹ Sarnaselt VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 388–389; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 587.

2.2.3 Täiendava tähtaja andmise tagajärjed

2.2.3.1 Täiendava tähtaja andmise tähendus enne selle möödumist

Täiendava tähtaja määramise peamine tagajärg on, et see piirab täiendava tähtaja perioodil võlausaldaja (ostja) valikuvabadust õiguskaitsevahendite kasutamisel. Nii võib võlausaldaja VÕS § 114 lg 3 järgi täiendava tähtaja jooksul keelduda oma kohustuse täitmisest ning nõuda *rikkumisest tuleneva kahju hüvitamist* ning viivise maksimist, kuid ei või kasutada muid õiguskaitsevahendeid. Selliselt blokeerib täiendav tähtaeg võlausaldaja jaoks teatud õiguskaitsevahendite maksmapaneku ja täiendava tähtaja jooksul on lubatud vaid selliste õiguskaitsevahendite kasutamine, mis ei ole vastuolus täiendava tähtaja eesmärgiga.³⁰⁰

VÕS § 114 lg 3 sõnastus on mõnevõrra ebaõnnestunud, lubades täiendava tähtaja perioodil võlausaldajal nõuda rikkumisest tuleneva kahju hüvitamist, täpsustamata seejuures, millist kahjunõuet silmas peetakse. Selliselt ei keela seadus võlausaldajal põhimõtteliselt nõuda ka kahju hüvitamist täitmise asemel. Küll aga oleks see vastuolus täiendava tähtaja määramise olemusega, mistõttu on ka õiguskirjanduses märgitud, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet võlausaldaja täiendava tähtaja jooksul maksuma panna ei saa.³⁰¹ Samuti tuleb selline piirang üldisest kohustusest hoiduda vastuolulisest käitumisest ehk *venire contra factum proprium* keelu põhimõttest.³⁰²

Sellist tõlgendust toetab ka VÕS § 114 lg 4, mille järgi, kui võlgnik teatab, et ta kohustust ei täida või kui ta ei ole täiendava tähtaja jooksul kohustust kohaselt täitnud, võib võlausaldaja pärast teate saamist või tähtaja möödumist kasutada muid õiguskaitsevahendeid, sealhulgas nõuda kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamist. Seega toetab seaduse tekst selle süstemaatilisel tõlgendamisel seisukohta, et täiendava tähtaja perioodil on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanek blokeeritud. See tähendab ühtlasi, et võlausaldaja poolt täiendava tähtaja perioodil esitatud kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on tagajärjetu. Samuti ei või võlausaldaja täiendava tähtaja perioodil kõrvaldada sellist kahju ise ning nõuda hiljem selleks kantud kulu- tuste (kahju) või võlgniku poolt kokkuhoitud kulu hüvitamist.³⁰³

Kui võlausaldaja (ostja) on määranud võlgnikule täiendava tähtaja olukorras, kus tal on erandlikult õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka täiendavat tähtaega andmata, tuleks võlausaldaja lugeda enda määratud täiendava tähtajaga seotuks.³⁰⁴ Sellise kaalutluse eesmärk on tagada võlgnikule õiguskindlus ja võimalus rikkumine täiendava tähtaja perioodil oma vahenditest kõrvaldada.³⁰⁵

Võlausaldaja (ostja) poolt täiendava tähtaja perioodil kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanek on piiratud kuni võlgniku (müüja) poolt kohustuse täitmisest keeldumiseni (VÕS § 114 lg 4). Sama tagajärg – õigus minna enne täiendava

³⁰⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 389; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 588.

³⁰¹ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 389; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 588.

³⁰² Vt selle kohta Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 281, Rn 101.

³⁰³ Vt ptk 1.3.4, samuti Pavelts/Sein, p 156–157.

³⁰⁴ Vt ptk 2.2.2.

³⁰⁵ Vt ka SoergelCISG/Schüßler-Langeheine, art 47, Rn 7; teisiti Achilles, art 47, Rn 4; vt ka Derleder/Hoolmans, S. 2789.

tähtaja lõppemist täitmisenõudelt üle kahjunõudele – peaks kehtima juhul, kui võlgniku täitmine on muutunud võimatuks (VÕS § 108 lg 2 p 1) või esinevad muud VÕS § 108 lg 2 toodud asjaolud ja võlgnik neile tugineb. Teisisõnu: täiendava tähtajaga seotud võlgniku kaitse on eesmärgipärane üksnes juhul, kui võlgnik soovib kohustuse täita ja see on võimalik.

Täiendaval tähtajal ei tohiks võlausaldaja õiguste piiramise osas olla siiski absoluutset toimet. See tähendab, et kui täiendava tähtaja perioodil ilmnevad uued asjaolud, mis annavad võlausaldajale õiguse esitada kohehelt kahju hüvitamise täitmise asemel nõue või lepingust taganeda – nt ilmnevad olulised varjatud puudused või tuleb ilmsiks müüja pettuslik käitumine –, ei tohiks võlausaldaja õiguskaitsevahendite kasutamise vabadus olla VÕS § 114 lg 3 järgi piiratud.³⁰⁶ Sellist tõlgendust tuleb lugeda eesmärgipäraseks, kuna sellised asjaolud ei saanud olla võlausaldaja varasemate kaalutluste aluseks, samuti ei ole varasemalt määratud täiendav tähtaeg antud selliste rikkumiste kõrvaldamiseks. Seega ei saa täiendava tähtaja andmine olla võlausaldajale siduv olukorras, kus ilmnevad uued olulised asjaolud.

2.2.3.2 Täiendava tähtaja edutu möödumine

Müüjale rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutu möödumine on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude makspaneku juures keskse tähendusega, vabastades ostja täitmisenõudega seotusest ning andes talle võimaluse minna täitmissuhtelt üle kahju hüvitamise nõudele. Täiendava tähtaja andmise kontekstis tuleb igasugune müüja kohustuse rikkumise kõrvaldamine, mille täitmiseks ostja on müüjale täiendava tähtaja määranud ja mida müüja ei ole täiendava tähtaja jooksul kõrvaldanud, lugeda ebaõnnestunuks. Seejuures ei ole oluline, millistest asjaoludest ja põhjustest tulenevalt on täiendava tähtaja määramine osutunud edutuks.

Nagu täiendava tähtaja määramisel,³⁰⁷ on ka täiendava tähtaja möödumisel oluline, et võlausaldaja (ostja) nõue oleks makspandav. See tähendab, et võlausaldaja nõude makspandavus peab kestma kogu täiendava tähtaja perioodil.³⁰⁸ Nii võib ostja nõude makspandavus olla välistatud nt juhul, kui müüja tugineb täiendava tähtaja jooksul või selle möödudes nõude aegumisele. Seejuures ei ole oluline, kas nõue on aegunud juba enne täiendava tähtaja määramist või selle ajal.³⁰⁹ Samuti võib kõne alla tulla müüja õigus kasutada kinnipidamisõigust (VÕS § 110 ja § 111).

Küsitav on, kas täiendava tähtaja möödumise hetkeks peab olema saabunud võlgneta soorituse tagajärg või piisab, et müüja on kohustuse täitmiseks nõutavad abinõud kasutusele võtnud. Saksa õiguskirjanduses leitakse, et nt asja üleandmiskohustuse juures ei ole oluline, et täiendava tähtaja lõpuks oleks ostjale müügieseme valdus üle antud, vaid piisab täitmiseks vajalike abinõude kasutuselevõttust. Nt müüja, kelle asja üleandmiskohustus seisneb saatmiskohustuses (vrdl VÕS § 209 lg 4 ls 2), kohustused loetakse tähtaegselt täidetuks, kui ta on andnud kauba täiendava tähtaja

³⁰⁶ Höffmann, S. 179.

³⁰⁷ Vt ptk 2.2.1.

³⁰⁸ Vt MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 44; MüKo/Ernst, § 323, Rn 83 ff.

³⁰⁹ MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 44.

sees üle vedajale. Mis hetkel müügiese faktiliselt ostjani jõuab, ei ole oluline, kuna kauba vedajale üleandmisega loetakse müüja üleandmiskohustus täidetuks.³¹⁰ Seevastu kui müüja on kohustatud asja ise ostjani toimetama (VÕS § 209 lg 4 ls 1), ei piisa müüja poolt asja vedajale üleandmisest, vaid määravaks on asja ostjani toimetamise hetk. Seega tuleb täiendava tähtaja edutule möödumisele hinnangu andmisel võtta arvesse müüja kohustuse sisu. Muu kui müüja põhikohustuste täitmisel võib täiendavalt olla vajalik eristada, kas müüja kohustus seisneb konkreetse tulemuse saavutamises või loetakse kohustus täidetuks juba mingi teo tegemisest või soovimatust tagajärjest hoidumisega (nt hoidumine konkurentsi osutamisest).

Täiendava tähtaja edutu möödumine ei tähenda veel, et ostja saab vabalt otsustada, millises ulatuses ta nõude maksma paneb, s.o kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult. Ostja nõude ulatus sõltub eelkõige sellest, kas müüja on täiendava tähtaja lõpuks täitnud kohustuse osaliselt, mittekohaselt või jätnud selle täielikult täitmata.³¹¹

Küsitav on õiguslik olukord juhul, kui müüja ei kõrvalda rikkumist täiendava tähtaja sees, kuid pakub täitmist vahetult peale tähtaja möödumist. Autori hinnangul kaotab ostja sellisel juhul õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel niivõrd, kui ta ei teavita müüjat sellisest soovist põhjendamatu viivitusega.³¹²

2.3 Täiendava tähtaja andmise mittevajalikkus

VÕS § 115 lg 2 ls 1 sätestatud üldreegi järgi saab võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel alles peale VÕS §-s 114 sätestatud täiendava tähtaja edutu möödumist.³¹³ Kuna täiendava tähtaja andmise kohustuse regulatsiooni eesmärk on anda võlgnikule n-õ viimane võimalus kõrvaldada rikkumine oma vahenditest ja vältida võlgniku jaoks sageli ebaproportsionaalselt koormavate tagajärgede saabumist, on täiendava tähtaja andmise nõue sätestatud seaduses suuresti võlgniku huvisid silmas pidades.³¹⁴ Võlgniku huvide tagamine ei ole aga absoluutne eesmärk, mistõttu näeb seadus poolte huvide tasakaalustamise eesmärgil ette erandid, mil täiendava tähtaja määramine ei ole vajalik. Seda siis kas tulenevalt täiendava tähtaja andmise objektiivsest tulemusetusest, lähtuvalt võlausaldaja õigustatud huvidest või tulenevalt võlgniku huvide vähesest kaitsmisväärsusest. Sarnaselt on seadusandja lahendanud ka võlausaldaja õiguse lepingust taganeda – kui reeglina võib lepingust taganeda üksnes täiendava tähtaja edutu möödumisel, siis erandlike asjaolude esinemisel ei ole täiendava tähtaja määramine lepingust taganemiseks vajalik (vrdl VÕS § 116 lg 1 ja lg 2, VÕS § 223).

Erandid, mil võlausaldaja (ostja) võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ilma täiendavat tähtaega määramata, tulenevad VÕS §-st 115 lg 3. Võlausaldajal on selline õigus, kui on ilmne, et täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust (VÕS § 115 lg 3

³¹⁰ Vrdl MüKo/Ernst, §323, Rn 87.

³¹¹ Vt nõude ulatuse piirangute kohta täpsemalt ptk 2.4.

³¹² Vt problemaatika kohta täpsemalt ptk 4.3.5.

³¹³ Vt ptk 2.2.1.

³¹⁴ Vt täiendava tähtaja instituudi eesmärkide kohta ptk 1.2.

alt 1), kui esinevad VÕS § 116 lg 2 punktides 1–4 nimetatud asjaolud (VÕS § 115 lg 3 alt 2) või kui kahju kohene hüvitamine on muul põhjusel mõistlik (VÕS § 115 lg 3 alt 3). Käesolev peatükk keskendubki küsimusele, milliste asjaolude esinemisel ning millistest kaalutlustest lähtuvalt on seadusandja pidanud ostja (võlausaldaja) sellist kohest nõudeõigust õigustatuks

2.3.1 Täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust (VÕS § 115 lg 3 alt 1)

Esimene juhtumite grupp, mil võlausaldaja (ostja) ei pea rikkumise kõrvaldamiseks võlgnikule (müüjale) täiendavat tähtaega määrama, hõlmab koosseise, mil täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust. Teisisõnu, täiendava tähtaja nõude määramisel puudub mõte, kui on ilmne, et sellel ei oleks tulemust. Sellises olukorras oleks täiendava tähtaja määramise nõue vastuolus täiendava tähtaja eesmärgiga anda võlgnikule viimane võimalus kohustuste vabatahtlikuks täitmiseks, mistõttu täitmisnõudelt kahjunõudele ülemineku kunstlik pikendamine ei vastaks võlgniku ega võlausaldaja huvidetele ning tooks kaasa üksnes viivituskahjude suurenemise (nt lükkub edasi leppetrahvi arvestamise lõpp, suurenevad kasutuseelise äralangemisega seotud võlgniku kohustuse täitmise viivitamisest põhjustatud kahjud vms).

Täiendava tähtaja määramist tuleb tulemusetuks lugeda eelkõige juhul, kui kohustuse täitmine on võimatu.³¹⁵ Seejuures ei ole oluline, milline on täitmise võimatuse põhjus: täitmise võimatusena tuleb mõista nii objektiivset võimatust ehk võimatust igauhe jaoks, kui ka subjektiivset võimatust, s.o võimatust võlgniku jaoks.³¹⁶ Samuti ei oma tähendust, kas võimatus on tekkinud enne nõude sissenõutavaks muutumist või selle järgselt.³¹⁷

Täitmise *objektiivse võimatuse* alla käivad nii faktiline kui ka õiguslik võimatus. Faktilise võimatuse klassikalisteks juhtumiteks on individuaaltunnustega asja kahjustumine või hävinemine. Kummalgi juhul ei saa järeltäitmise (heastamise) teel rikkumist kõrvaldada. Liigitunnustega asja hävimisel täitmise faktilist võimatust reeglina ei esine. Kui hävinud kauba asemel uue kauba hankimisraskus ületab hankimisriski, saab rääkida *majanduslikust võimatusest*.³¹⁸ *Subjektiivse võimatusega* on tegu juhul, kui keegi kolmas saaks küll kohustuse täita, kuid täitmine on võimatu konkreetse võlgniku (müüja) jaoks. Nt ei saa müüja anda omandit üle põhjusel, et see kuulub kolmandale isikule, mh kui ta on selle ise eelnevalt võõrandanud.³¹⁹ Täitmine on võlgnikust tulenevalt võimatu ka juhul, kui omanikust üürileandja ei saa anda asja valdust üle üürnikule, kuna asja otsese valdaja valdus on õiguspärane (nt üürileandjaga sõlmitud lepingu või muu õigussuhte alusel, samuti nt kasutades kinnipidamisõigust vms).

³¹⁵ Vt ka RKTko 3-2-1-31-08, p 16; sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 394; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 597.

³¹⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 349; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512.

³¹⁷ VÕS komm I/Kõve, § 108, lk 349; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512.

³¹⁸ VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 349; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512. Kõve leiab, et selline majanduslik võimatus on hõlmatud VÕS § 108 lg 2 p 2 koosseisuga (vt samas).

³¹⁹ Vt ka RKTko 3-2-1-31-08, p 16; RKTko 3-2-1-13-06, p 23; RKTko 3-2-1-37-08, p 25.

Täitmise *õiguslik võimatus* esineb juhul, kui täitmine on faktiliselt küll võimalik, kuid võlgnik ei saa täita kohustust tulenevalt õiguslikest piirangutest, nt on hagi tagamise korras eseme käsutamine keelatud või on kohtutäitur asja arestinud, samuti välja- või sisseveokeelu, embargo, majandussanktsioonide vms korral.³²⁰ Õiguslik võimatus esineb ka juhul, kui kinnisasjale laienevad avalik-õiguslikud (nt muinsuskaitseks vms piirangud) või eraõiguslikud piirangud (nt on kinnisasjale seatud servituut, hüpoteek vms), mis ei ole kooskõlas lepingutingimustega.³²¹

Lisaks täitmise võimatuse juhtumitele tuleks täiendada tähtaja andmine VÕS § 115 lg 3 tähenduses lugeda tulemusetuks ka juhul, kui võlgnik keeldub kohustuse täitmisest, nt keeldub müüja asja üleandmisest või omandiõiguse ülemineku kokkuleppe sõlmimisest.³²² Sellisel juhul ei vääri võlgnik täiendada tähtaja määramise nõudega silmas peetud kaitset. Võrdlevõiguslikult võib välja tuua, et BGB § 281 lg 2 sätestab selgesõnaliselt, et võlausaldaja ei pea määrama võlgnikule täiendavat tähtaega, kui võlgnik ühemõtteliselt ja lõplikult kohustuse täitmisest keeldub.³²³ Sarnasele tulemusele on jõudnud ka Riigikohus, märkides, et täiendada tähtaja määramine ei ole vajalik olukorras, kus võlgnik nagooni ei tunnista kahju tekitamist.³²⁴

Autori hinnangul on Riigikohtu tõlgendus mõistlik ja seda tuleb toetada: olukorras, kus võlgnik kohustuse rikkumist ei tunnista, s.o tal puudub soov ja valmisolek rikkumine kõrvaldada, oleks täiendada tähtaja määramise kohustus kunstlik. Võlgnik, kes keeldub kohustuste täitmisest, võtab teadlikult üle riisiko, et võlausaldaja ei soovi edaspidi täitmissuhet jätkata. Kui võlgnik esitab sellisel juhul hilisemas kohtuvaidluses vastuväite, et võlausaldaja oleks pidanud määrama talle kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks täiendada tähtaja, tuleks võlgniku käitumine lugeda vastuoluliseks ja hea usu põhimõtet rikkuvaks. Üldiselt peaks võlgniku poolt täitmisest keeldumine olema kaetud ka VÕS § 116 lg 2 p 4 ja tõenäoliselt ka p 3 koosseisuga.³²⁵

Täiendada tähtaja määramise ilmselt tulemusetust VÕS § 115 lg 3 tähenduses ei tohiks samastada võlausaldaja keeluga nõuda mitterahalise kohustuse täitmist VÕS § 108 lg 2 p-des 2–4 sätestatud juhtudel.³²⁶ VÕS § 108 lg 2 p-de 2–4 näol on autori hinnangul olemuslikult tegu võlgniku täitmisest keeldumise õigusega, mitte aga täitmisnõuet välistavate absoluutsete alustega.³²⁷ Sama kehtib autori hinnangul ka VÕS § 108 lg 3 (lg 5) suhtes, mis samuti peaks andma võlgnikule üksnes täitmisest keeldumise õiguse, lõpetamata täitmisnõuet *ipso iure*.³²⁸ Kui võlgnik aga keeldub täitmisest VÕS § 108 lg 2 p-des 2–4 või lg 3 (lg 5) sätestatu järgi, peaks võlausaldajal olema õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ilma täiendavat tähtaega määramata.

³²⁰ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 349; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512.

³²¹ Vt nt RKTko 3-2-1-157-12, p 16 jj.

³²² Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 394; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 597; RKTko 3-2-1-106-11, p 10; RKTko 3-2-1-5-12, p 32.

³²³ Vrdl täitmisest keeldumise tähendusest VÕS-s vt RKTko 3-2-1-106-11, p 10.

³²⁴ RKTko 3-2-1-5-12, p 32.

³²⁵ Vt RKTko 3-2-1-145-14, p 25.

³²⁶ Majandusliku võimatuse puhul tuleks täitmisnõue lugeda lõppenuks VÕS § 108 lg 2 p 2 või p 3 järgi, vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 349; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512.

³²⁷ Vt VÕS § 108 lg 2 problemaatika kohta täpsemalt ptk 2.3.4.

³²⁸ Vt selle problemaatika kohta põhjalikumalt ptk 4.3.3.

2.3.2 Oluline rikkumine (VÕS § 115 lg 3 alt 2)

Teise juhtumite grupi, mil võlausaldaja (ostja) võib nõuda võlgnikult (müüjalt) koheselt täitmise asemel kahju hüvitamist, moodustavad VÕS § 116 lg 2 p-des 1–4 nimetatud asjaolud (VÕS § 115 lg 3 alt 2). Seadusandja on siin õigustatult pidanud kohaseks võrdsustada lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tingimused. Seeläbi on seadusandja üritanud järgida reguleerimispõhimõtet, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise materiaalsed eeldused peaksid kattuma. Sarnase lahenduse näeb ette ka BGB, kus § 281 ja § 323 – vastavalt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise ja lepingust taganemise eeldused on sisuliselt identsed.³²⁹

VÕS § 115 lg 3 ja § 116 lg 2 p-de 2–4 koostoimest tulenevalt ei pea ostja (võlausaldaja) andma müüjale (võlgnikule) rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, kui:

- kohustuse rikkumise tõttu jääb kahjustatud lepingupool **olulisel määral ilma sellest**, mida ta õigustatult lepingust lootis, välja arvatud juhul, kui teine lepingupool ei näinud kohustuse rikkumise niisugust tagajärge ette ja temaga sarnane mõistlik isik ei oleks seda tagajärge samadel asjaoludel samuti ette näinud (p 1);
- rikuti kohustust, mille **täpne järgimine** oli lepingust tulenevalt teise lepingupoole huvi püsimise eelduseks lepingu täitmise vastu (p 2);
- kohustust rikuti **tahtlikult või raske hooletuse tõttu** (p 3);
- kohustuse rikkumine annab kahjustatud lepingupoolele **mõistliku põhjuse eeldada**, et teine lepingupool ei täida kohustusi ka edaspidi (p 4).

Küsitav on, millises ulatuses on VÕS § 116 lg 2 p 1 kohaldatav müüja kohustuste mittetäitmise juhtumitele. Kohustuste *lõplikul täitmata jätmisel* on sätte kohaldamine probleemivaba: ostja, kellele müüja ei anna üle kokkulepitud kaupa või kellele müüja ei võimalda kauba suhtes omandiõiguse tekkimist, jääb alati olulisel määral ilma sellest, mida ta lepingust lootis. Kuna sellisel juhul ei saavuta ostja lepingu eesmärki, siis on tal õigus täitmisse suhte lõpetada. Kohustuste täitmisega *viivitamisel* (tähtaegsel täitmata jätmisel) jääb võlausaldajal täitmise tähtpäeva seisuga lepingust oodatud ekvivalentsihuvi küll saavutamata – kokkulepitud täitmine puudub –, kuid reeglina ei jää võlausaldaja täitmisega viivitamisel lepinguga oodatust *lõplikult* olulises ulatuses ilma. Kuna müügilepingu korral on üldjuhul müüja peamiseks huviks müügieseme omandamine, siis reeglina üksnes lühiajaline täitmisega viivitamine ostja lepinguga seotud huve oluliselt ei riku. Teistsugusel tõlgendusel riskiks müüja igakordselt, sh ka lühiajalisel täitmisega viivitamisel, et täitmisse suhte lõpeb täielikult ja ta jääb ilma lepingust oodatud kasust. Selline tulemus ei oleks aga mõistlik ega võtaks piisavalt arvesse poolte huvide tasakaalustamise vajadust. Olukorras, kus ostjal on eriline huvi müüja kohustuste kokkulepitud tähtpäeval täitmise vastu – s.o tähtaja järgmine moodustab ostja täitmise olulise tingimuse –, peaks ostja õigus lepingust taganeda

³²⁹ BGB-s on selline regulatiivne valik tehtud teadlikult, vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 7.

tulenema VÕS § 116 lg 2 p-st 2.³³⁰ Seega müüja kohustuste mittetäitmise kontekstis peaks VÕS § 116 lg 2 p 1 olema kohaldatav üksnes juhul, kui kohustuste konkreetsetl tähtpäeval täitmine on ostja erihuviks ja kuulub lepingu esemesse. Müügilepingu puhul sellist erihuvi eeldada ei tohiks, mistõttu peaks see nähtuma kas lepingu sõlmimise asjaoludest (nt hooajakaup, pulmakingitus, ainulaadne edasimüügi võimalus vms) või olema selgelt kokku lepitud.³³¹

Ostja võib nõuda koheselt kahju hüvitamist täitmise asemel ka juhul, kui müüja on jätnud kohustused täitmata kas tahtlikult või raskest hooletusest tingituna (VÕS § 116 lg 2 p 3). Kohustuste tahtlik täitmata jätmine eeldab VÕS § 104 lg 5 tulenevalt, et müüjal on kas juba lepingu sõlmimisel või selle täitmisel soov jätta kohustused tähtaegselt täitmata. Selliselt on tahtlus seotud müüja enese sisemise suhtumisega rikkumisse³³² ja suunatud reeglina mitte üksnes teole, vaid ka õigusvastasele tagajärjele. Tahtlust VÕS § 104 lg 5 tähenduses tuleks eristada tahtlusest VÕS § 1045 lg 2 p 8 järgi, mis loeb kahju tekitamise õigusvastaseks juhul, kui kahju tekitati *heade kommete vastase tahtliku* käitumisega.³³³ Seejuures on Riigikohus leidnud, et heade kommete vastaseks tahtlikuks kahju tekitamiseks saab mh lugeda sellise kahju tekitamise, kus võlgnik *mõistab oma käitumise õigusvastasust ja möönab*, et see võib tuua võlausaldajale kaasa kahju tekkimise.³³⁴ Sellisest Riigikohtu tõlgendusest võib järeldada, et müüja tuleb lugeda kohustusi tahtlikult rikkunuks ka juhul, kui ta oma kohustuste rikkumist möönab ja mõistab, et sellega võib kaasneda ostjale kahju tekkimine.

Selline Riigikohtu tõlgendus kohustuste tahtlikust rikkumisest on mõnevõrra leebem, kui seadus VÕS §-s 104 lg 5 tahtlusele ette näeb: seaduse teksti järgi eeldab tahtlus õigusvastase tagajärje soovimist, mistõttu üksnes selle möönmine ei ole piisav. Arvestades aga tahtliku rikkumise tõendamise seotud menetlusõiguslikke raskusi – tahtlust ega rasket hooletust seaduse kohaselt ei eeldata, mistõttu lasub võlausaldajal selliste asjaolude tõendamiskoormis³³⁵ – ning asjaolu, et võlgniku sisemise suhtumise tõendamine on sageli ületamatult komplitseeritud, tuleks Riigikohtu mõnevõrra laiendatud tõlgendust lõppastmes toetada, kuivõrd see aitab võtta vastutusele sellised

³³⁰ Kas sellisel juhul kvalifitseerida ostja õigus lepingut taganeda VÕS § 116 lg 2 p 1 või p 2 järgi, ei oma suuremat praktilist tähendust. Kui ostjal on tähtaegse täitmise vastu eriline huvi, saab täitmisega viivitamisel rääkida ka võlausaldaja poolt olulisel määral sellest ilmajäämisest, mida ta lepingust ootas – tähtaegset täitmist; vrdl ka VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 402–403; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 611. Vrdl Saksa õiguses HGB § 376 Fixhandelskauf. Asjaolude kohta, mis võiksid õigustada VÕS § 116 lg 2 p 1 kohaldamist, vaata võrdlevalt sätte sisuliselt sõnasõnaliselt eeskujuregulatsiooniks olnud CISG art 25 järgset praktikat, nt Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 25, Rn 37–65, kus on üksikasjalikult analüüsitud selliseid võimalikke koosseise.

³³¹ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 403; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 612, kus Kõve leiab, et võlausaldaja kohustuse täpse täitmise vastu eksisteeriv erihuvi peab olema teisele poolele arusaadav. Viimane aga tähendabki, et erihuvi peab olema täitmise osaks, s.o nähtuma kas asjaoludest või poolte kokkuleppest.

³³² Vt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 403–404 ja § 104, lk 332; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 613.

³³³ Vt selle kohta nt RKTKo 3-2-1-18-15, p 10–11.

³³⁴ RKTKo 3-2-1-18-15, p 10.

³³⁵ RKTKo 3-2-1-146-04, p 23.

võlgnikud, kes peaksid pooltevahelises riisikojaotuses kahju tekkimisega seotud negatiivseid tagajärgi ja vastutust tegelikkuses kandma.

Viimase alternatiivina, mil võlausaldaja (ostja) ei pea võlgnikule (müüjale) rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega määrama, näeb seadus ette olukorra, kus kohustuse rikkumine annab võlausaldajale mõistliku põhjuse eeldada, et võlgnik ei täida kohustusi ka edaspidi (VÕS § 116 lg 2 p 4). Õiguskirjanduses märgitakse, et siia alla kuuluvad eelkõige juhtumid, kus rikkumine ei pruugi küll olla oluline, kuid rikkumise asjaolud ja iseloom annavad aluse eeldada, et rikkumine jätkub ka edaspidi.³³⁶ Sätte rakendusala kattub osaliselt VÕS §-ga 115 lg 3 alt 1, mille järgi on täiendava tähtaja andmine ebaoluline, kui on ilmne, et täiendava tähtaja andmisel ei oleks tulemust. Nii hõlmab säte ka kohustuse täitmise võimatuse ja võlgniku täitmisest keeldumise juhtumid.³³⁷ VÕS § 116 lg 2 p 4 üldiseks tunnuseks on, et tegemist on olukorraga, kus võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja andmine on asjaoludest tulenevalt suure tõenäosusega edutu ning võlausaldaja loobumise võlgniku täitmisest aitaks ära hoida selliste kahjude tekkimist, mida saaks vältida asendustehingu tegemisega (siia alla käivad eelkõige erinevad viivituskahju nõuded).

Erinevalt õiguskirjanduses märgitust³³⁸ leiab autor, et VÕS § 116 lg 2 p 4 tõlgendamine koostoimes VÕS §-ga 117 (õigus taganeda lepingust enne kohustuse sissenõutavaks muutumist) ei paku ületamatuid raskusi. Kui VÕS § 117 reguleerib võlausaldaja taganemisõigust enne kohustuse sissenõutavaks muutumist, siis VÕS § 116 lg 2 p 4 esemeks on rikkumise kõrvaldamise eeldatav edukus kohustuse *sissenõutavaks muutumise* järgselt. Viimane loob aga erineva faktilise ja õigusliku konteksti. Lõppastmes on aga nii VÕS § 117 kui ka § 116 lg 2 p 4 puhul tegemist olukorraga, kus võlausaldajale antakse teatav n-ö etteulatuv õigustus võlgniku täitmisest vabaneda.

Autor ei saa nõustuda õiguskirjanduses märgituga, et VÕS § 116 lg 2 p 4 on kohaldatav ka juhul, kui võlgnik rikub *mõnest muust võlasuhtest* kui vaidlusalusest lepingust tulenevat kohustust.³³⁹ Millistel asjaoludel ja argumentidel selline tõlgendus põhineb, jääb suuresti selgusetuks. VÕS § 116 lg 1 ja lg 2 koosmõjust tuleneb selgelt, et võlausaldajal on õigus lepingust taganeda, kui võlgnik rikub oluliselt *lepingust tulenevaid kohustusi*. Sätte teine lõige üksnes täpsustab, millist lepinguliste kohustuste rikkumist saab lugeda oluliseks. Selline seaduse tekst ja normi ülesehitus ei jäta ruumi tõlgendusele, et VÕS §-s 116 lg 2 p 4 märgitud asjaolud võivad esineda ka mõne muu pooltevahelise suhte raames.³⁴⁰ Kokkuvõtvalt on autor erinevalt õiguskirjanduses märgitust seisukohal, et VÕS §-l 116 lg 2 p 4 on regulatsioonis oma selge koht: kuna VÕS §-s 116 puudub VÕS §-ga 115 lg 3 alt 1 sarnane norm, annab VÕS § 116 lg 2 p 4 võlausaldajale õiguse taganeda lepingust täiendavat tähtaega määramata ka täitmise võimatuse ja võlgniku poolt kohustuse täitmisest keeldumisel.³⁴¹

³³⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 404; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 613.

³³⁷ Vt ka ptk 2.3.1.

³³⁸ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 404; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 613–614.

³³⁹ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 404; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 613.

³⁴⁰ Küll aga võivad sellised lepinguvälised asjaolud õigustada võlausaldajat loobuma võlgniku täitmisest enne kohustuse sissenõutavaks muutmist VÕS § 117 järgi.

³⁴¹ Kui täitmise võimatus toob kaasa müüja kohustuste mittetäitmise, võib ostja taganeda ka VÕS § 116 lg 2 p 1 alusel; täitmisest keeldumise puhul võib taganemisõigus tuleneda ka VÕS § 116

2.3.3 Kahju kohene hüvitamine on mõistlik (VÕS § 115 lg 3 alt 3)

Viimase alternatiivina näeb VÕS § 115 lg 3 ette, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täimise asemel ilma täiendavat tähtaega määramata ka juhul, kui asjaolude kohaselt on kahju kohe hüvitamine muul põhjusel mõistlik (VÕS § 115 lg 3 alt 3). Õiguskirjanduses leitakse, et regulatsiooni vajadus on küsitav, kuna VÕS § 115 lg 3 ülejäänud alternatiividega peaksid kõik olulised juhtumid juba kaetud olema. Seetõttu märgitakse, et tegemist on n-ö valveregulatsiooniga, mis võimaldab kohtupraktikal paindlikult kujundada sätte rakendusala.³⁴² Kuna regulatsiooni osas puudub välja-kujunenud kodumaine kohtupraktika ja põhjalikumad õigusteoreetilised käsitlelused, on sätte tõlgendamisel kohane pöörduda selle allikaks³⁴³ olnud BGB § 281 lg 2 järgse õiguskirjanduse poole.

BGB-s sätestab sarnase regulatsiooni § 281 lg 2, mille järgi ei ole täiendava tähtsaja andmine kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel vajalik, kui esinevad (erilised) asjaolud, mis mõlema poole huvisid kaaludes õigustavad kohest kahjunõude esitamist. Saksa õiguskirjanduses märgitakse, et sätte eesmärk ei ole anda võlausaldajale täiendavat alust loobuda kiirendatud korras täitmisnõudest, vaid selle esemeks on juhtumid, mil võlausaldaja on õigustatud võlgniku järeltäitmisest (hilinenud täitmisest) loobuma. Sätte kohaldamisel on keskne küsimus, kas võlausaldajal on soorituse vastu huvi ära langenud. Samas mõõndakse, et mööda ei saa vaadata ka võlgniku huvidega arvestamise vajadusest.³⁴⁴ Võlausaldaja huvi äralangemise hindamise osas leitakse, et oluline on otsida vastust küsimusele, mis põhjusel toob mittekohane täitmine või täitmisega hilinemine (mittetäitmine) kaasa võlausaldaja huvi niivõrd olulise kahjustumise, et see õigustab loobuma võlgniku kohustuse täitmisest. Seejuures tuleb võlausaldaja huvi äralangemist hinnata objektiivselt, s.o kõrvaltvaataja pilguga.³⁴⁵ Reeglina on oluline, kas võlgnik nägi või võis ette näha täitmisega kaasnevat võlausaldaja huvi äralangemise võimalust.³⁴⁶ Leitakse, et selline regulatsioon jätab üldklauslina kohtutele suure diskretsiooniruumi, kaalumaks poolte õigustatud huvisid.³⁴⁷

Näidetena, millal saab võlausaldaja täitmisega seotud huvi lugeda mõistlikult lõppenuks, tuuakse Saksa õiguses välja juhtumid, mil müüja on pahatahtlikult või pettuslikult varjanud müügieseme puudusi.³⁴⁸ Valitsev arvamus leiab, et pettusliku käitumise korral ei saa võlausaldajalt eeldada, et ta peaks jätkama võlgnikuga koostööd. See kehtib muu hulgas juhul, kui järeltäitmine ei peaks toimuma võlgniku enda,

lg 2 p-st 3; VÕS § 116 lg 2 p 5 siin ei kohaldu, kuna eeldab võlgniku poolt täitmisest keeldumise teavitamist *täiendava tähtaja kulgemise perioodil*, välistades seega enne täiendava tähtaja andmist esitatud keeldumise juhtumid.

³⁴² VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 394; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 597.

³⁴³ VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 391; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 590.

³⁴⁴ MüKo/Ernst, § 281, Rn 57.

³⁴⁵ Vt ka MüKo/Ernst, § 323, Rn 123.

³⁴⁶ Bamberg/Roth/Grothe § 323 Rn 30; MüKo/Ernst, § 323, Rn 124.

³⁴⁷ Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 40.

³⁴⁸ Looschelders (2007), S. 676; Lorenz (2004), S. 27, samuti nt BGH NJW 2007, 835; BGH NJW 2008, 1371; VÕS-i kontekstis kvalifitseerub müügieseme puuduste pahatahtlik ja pettuslik varajamine tõenäoliselt ka VÕS § 116 lg 2 p 3 ja 4 järgseks rikkumiseks.

vaid mõne tema poolt lähetatud kolmanda isiku poolt.³⁴⁹ Samuti ei ole täiendava tähtaja andmine vajalik, kui pooltevaheline usaldussuhe on lõppenud,³⁵⁰ võlgnik kolib välismaale, andmata võlausaldajale teada oma uutest kontaktidest³⁵¹, või kui nt võlausaldaja lepingupartner keeldub viivituse tõttu võlausaldajalt kaupu vastu võtmast³⁵² või kaotab võlausaldaja soodsa edasimüügivõimaluse või on see edaspidi seotud oluliste riskidega.³⁵³ Üldiselt leitakse aga, et võlausaldaja huvikaotuse kriteeriumi tuleks tõlgendada pigem kitsendavalt ning see ei tohiks olla vahend, mille kaudu saab tagantjärele asuda õigustama täiendava tähtaja andmata jätmist.³⁵⁴ Nii ei ole lubatav, et võlausaldaja asub huvi äralangemist õigustama põhjendustega, mis tegelikkuses ei ole seotud täitmise hilinemise või asja lepingutingimustele mittevastavusega.³⁵⁵

Erinevalt BGB §-st 281 lg 2 ei näe VÕS § 115 lg 3 alt 3 selgesõnaliselt ette, et asjaolude, mis annavad koheselt õiguse nõuda täitmise asemel kahju hüvitamist, hindamisel tuleks lähtuda mõlema lepingupoole (sh võlgniku) huvide kaalumisest. Küll aga saab autori hinnangul sellisele järeldusele jõuda sätte tõlgendamisel koosmõjus VÕS §-ga 6. Asjaolud, mis ei võta arvesse mõlema lepingupoole huve, ei tohiks reeglina õigustada täiendava tähtaja määramata jätmist.

Lisaks võlausaldaja huvi äralangemisele peaks täiendava tähtaja määramiseta kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kohene esitamine olema õigustatud juhul, kui seeläbi on võimalik kas kahjusid vähendada või olulises ulatuses ära hoida.³⁵⁶ Siin avaldub VÕS § 115 lg 3 regulatsiooni paindlikkus ja erinevus võrreldes lepingust taganemise õigust reguleeriva VÕS §-ga 116. S.o kui lepingust taganemiseks on igakordselt nõutav olulise rikkumise olemasolu, siis kahju hüvitamist täitmise asemel saab võlausaldaja nõuda mh juhul, kui *asjaolude kohaselt on kahju kohe hüvitamine muul põhjusel mõistlik*.³⁵⁷

Lõpetuseks tuleb täiendava tähtaja määramine lugeda ebavajalikuks juhul, kui võlausaldaja on eelnevalt lepingust taganenud. Kuna lepingust taganemisel loetakse võlgniku täitmiskohustused lõppenuks (VÕS § 188 lg 2),³⁵⁸ siis lõpeb ühtlasi ka täitmisenõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude konkurents. Seega oleks lepingust taganemisel rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja määramine sisutühi.

Kokkuvõtvalt võib asuda seisukohale, et VÕS § 115 lg 3 alt 3 paindlikkus annab võlausaldajale (ostjale) mõistliku võimaluse vabaneda võlgniku kohustuse täitmisega seotusest ka juhul, kui tavapärased kohese kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise eeldused ei ole täidetud (VÕS § 115 lg 3 koosmõjus VÕS § 116 lg 2 p 1–4) ja puudub võlgniku oluline lepingurikkumine, kuid asjaoludest tulenevalt saab nõude

³⁴⁹ Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 41; Erman/H.P. Westermann, § 281, Rn 17.

³⁵⁰ PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 18.

³⁵¹ Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 15.

³⁵² BGH NJW-RR 98, 1489/91.

³⁵³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 103, B 104.

³⁵⁴ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 100.

³⁵⁵ Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 41.

³⁵⁶ Vt sarnaselt Saksa kirjanduses ka PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 21; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 15; BGH ZGS 2005, 433, 434.

³⁵⁷ Vrdl taganemisõiguse osas BGB § 323 lg 2 p 3.

³⁵⁸ Vt ptk 4.4.3.2 ja ptk 4.4.3.5.

kohest maksmapanekut lugeda siiski õigustatuks. Eelkõige peaks säte kohalduma juhtumitele, kus kohese täitmise loobumise tulemusena on võimalik kas kahjusid vähendada või olulises ulatuses ära hoida. Selliselt avaldub võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka mõnevõrra paindlikumalt kui õigus lepingust taganeda.³⁵⁹

2.3.4 Täitmisenõude lõppemine (VÕS § 108 lg 3 (lg 5) ja lg 2)

PECL-i ja PICC-i eeskujul³⁶⁰ sätestavad VÕS § 108 lg-d 3–5, et võlausaldaja õigus nõuda muu kui raha maksises seisneva kohustuse täitmist lõpeb mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sai kohustuse rikkumisest teada või pidi sellest teada saama, samuti kui möödub võlgniku määratud mõistlik tähtaeg kohustuse täitmise nõude esitamiseks. VÕS § 108 lg 3 (lg 5) ei eelda, et võlausaldaja esitab selle aja jooksul täitmisenõude kohtusse, vaid piisab, kui ta täitmise soovist võlgnikku teavitab.³⁶¹ Kuna tegemist on õigust lõpetava tähtajaga, toob selle rikkumine kaasa nõudeõiguse lõppemise. Nõudeõiguse lõppemine tähendab, et lõpeb ka võlgniku vastavasisuline kohustus, kuivõrd nõue eeldab sellele vastava kohustuse olemasolu ja vastupidi. Seega peaks võlausaldaja (ostja) täitmisenõude lõppemine VÕS § 108 lg 3 (lg 5) järgi tooma kaasa tulemuse, et võlausaldaja võib nõuda võlgnikult kahju hüvitamist täitmise asemel ka ilma täiendavat tähtaega määramata. Teisisõnu, ebaloogiline oleks tulemus, kus võlausaldaja peaks määrama võlgnikule täiendava tähtaja olukorras, kus tal puudub täitmisenõue ja võlgnikul täitmiskohustus. Sellises olukorras täiendava tähtaja määramise nõue oleks vastuolus täiendava tähtaja andmise eesmärkidega. Lõppenud kohustuse lõppemise eest hoiatamine ja selle täitmiseks viimase võimaluse andmine oleks sisutu.

Sarnane peaks tulemus olema ka VÕS § 108 lg-s 2 sätestatud asjaolude esinemisel, mis samuti lõpetavad võlausaldaja täitmisenõude ja võlgniku täitmiskohustuse. Kuna ka siin lõpeb täitmisenõude lõppemisega võlgniku täitmiskohustus, siis on võlausaldajal VÕS § 108 lg-s 2 sätestatud asjaolude esinemisel õigus koheselt nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Võrdlusena võib välja tuua, et ka Saksa õiguses puudub võlausaldajal täiendava tähtaja andmise kohustus, kui täitmisenõue on BGB § 275 järgi lõppenud.³⁶²

Eelnevast eraldiseisvalt tuleb autori hinnangul aga käsitleda küsimust sellest, kas VÕS § 108 lg 3–5 asjaolude esinemisel lõpeb võlausaldaja nõue *ipso iure* või on regulatsiooni näol tegemist nõudeõigust lõpetava võlgniku vastuväitega.³⁶³ Kui tõlgendada seadust selliselt, et tegemist on võlgniku vastuväite esitamise õigusega,

³⁵⁹ Vrdl BGB § 323 lg 2 p 3, mis lubab võlausaldajal võlgniku mittekohase täitmise puhul taganeda lepingust täiendavat tähtaega määramata, kui see on asjaolude kohaselt ja mõlema lepingupoole huvisid kaaludes mõistlik.

³⁶⁰ VÕS Komm I/Kõve, lk 346; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 508–509; vt ka PECL art 9:102 lg 1 ja 2, PICC art 7.2.2.

³⁶¹ VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 351; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 517.

³⁶² Vt ka Jauernig/Stadler, § 283, Rn 1; BeckOK/Unberath, § 283, Rn 1.

³⁶³ Vt täpsemalt ptk 4.3.3. Sarnane küsimus tõusetub ka VÕS § 108 lg 2 p 2–4 koosseisude puhul.

peaks vastuväite esitamisega kaasnema täitmisenõude lõppemine, mis ühtlasi tähendab, et võlausaldaja ei pea kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseks määrama enam võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega ning ootama selle edutut möödumist. Sellisele tõlgendusele saab jõuda VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja alt 2 (koosmõjus VÕS § 116 lg 2 p 3 ja 4) alusel.

VÕS § 108 lg-ga 3 (lg 5) sarnase regulatsiooni sätestab ka VÕS § 222 lg 6, mille järgi kaotab ostja asja lepingutingimustele mittevastavuse korral õiguse nõuda müüjalt asja parandamist või asendamist, kui ta ei nõua seda müüjalt üheaegselt teatega asja lepingutingimustele mittevastavuse kohta või mõistliku aja jooksul pärast teate esitamist. Reservatsioonina näeb VÕS § 222 lg 6 ette, et ostja täitmisenõue ei lõpe juhul, kui müüja käitumine on vastuolus hea usu põhimõttega, samuti tarbijalemüügi korral (lg 7).

2.4 Nõude ulatusega seotud piirangud

2.4.1 Kohustuste mittetäitmine

Kui eelnevalt käsitleti ostja poolt müüja kohustuste mittetäitmisel kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise eeldusi, siis käesolev alapeatükk keskendub küsimusele, millises ulatuses on ostja õigustatud nõude maksuma panema. Seejuures tuleks eristada kahte rikkumiste koosseisu: *esiteks* juhtumid, kus müüja kohustused on ostja poolt nõude esitamise hetkeks täielikult täitmata ja *teiseks* juhtumid, mil müüja on täiendava tähtaja jooksul täitnud kohustuse osaliselt või mittekohaselt. Nõude ulatusega seotud piirangud sätestab VÕS § 115 lg 4, mille järgi juhul, kui võlgnik on kohustuse täitnud osaliselt, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kohustuse tervikuna täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Muid piiranguid nõude ulatusele seadus ette ei näe.

Olukorras, kus nõude maksmapaneku hetkeks on müüja **kohustused täielikult täitmata** (kohustuste mittetäitmine) – sõltumata sellest, kas nõue esitatakse pärast täiendava tähtaja edutut möödumist (VÕS § 115 lg 2 ls 1) või ei ole täiendava tähtaja määramine oluline (VÕS § 115 lg 3) –, seadus ostja (võlausaldaja) nõude ulatusele mingeid piiranguid ei sea. See põhineb arusaamal, et kuna mittetäitmise korral on müüja jätnud kohustused täielikult täitmata, ei vääri müüja ka ostja nõuete ulatuse osas mingit kaitset. Teisisõnu: müüja, kes ei ole teinud mingitki sooritust, vastutab kogu soorituse ärajäämisega seotud kahjude eest, mistõttu võib ostja nõuda kahju hüvitamist kogu müüja täitmise (soorituse) asemel. Reeglina on sellise ostja nõude sisuks kas müüja soorituse väärtuse hüvitamine või ostja poolt asendustehingule kantud kulutuste kompenseerimine.³⁶⁴

Näide: rahahädas müüja kohustub võõrandama tehnikahuvilisest ostjale 10 000 EUR eest 1972. aasta retrohõngulise külgkorviga Jawa, mille turuväärtus on 12 000 EUR. Kuna ootamatult sülle langenud pärandus vabastab müüja ajutisest rahamurest, otsustab ta jätta Jawa ostjale üle andmata ja vältida selgelt kahjulikust tehingust tulenevaid tagajärgi. Pärast müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja

³⁶⁴ Vt ptk 1.3.2, asendustehingu ja hinnaava hüvitamise õiguse osas vt põhjalikult ptk 5.

möödumist võib ostja valida, kas ta nõuab müüjalt Jawa väärtuse (12 000 EUR) hüvitamist või asendustehingule kantud kulutuste (12 500 EUR) kompenseerimist. Mõlemalt juhul tuleb ostjal nõudest maha arvestada ostja ostuhinna tasumise kulu (10 000 EUR), mille pooled saavad tasaarvestada. Seega saab ostja nõuda müüjalt vastavalt kas 2000 või 2500 EUR hüvitamist.

2.4.2 Kohustuste osaline ja mittekohane täitmine

Oluliselt keerulisem on küsimus ostja nõude ulatusest ja sellele laienevatest piirangutest olukorras, kus müüja on *nõude esitamise hetkeks* – s.o peale rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja edutut möödumist – täitnud kohustused kas **osaliselt** või ei vasta üleantud müügiese **lepingutingimustele** (nn mittekohane täitmine),³⁶⁵ näiteks tarnib müüja täiendava tähtaja jooksul kokkulepitud 9 tonni briketi asemel 6 tonni või annab ostjale üle lepingutingimustele mittevastava seapõleti, mis lubatud 200 notsu asemel tuhabar tunnis 150 isendit.

VÕS § 115 lg 4, mis sätestab võlausaldaja (ostja) nõude ulatusele piirid, näeb ette, et kui võlgnik (müüja) on kohustuse täitnud *osaliselt*, võib võlausaldaja kahju hüvitamist kohustuse *tervikuna* täitmise asemel nõuda üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Kuna muid piiranguid nõude ulatusele VÕS-i üldosa ega müügilepingu regulatsioon ette ei näe, on oluline välja selgitada kohustuse osalise täitmise mõiste.

Seadus kohustuse osalise täitmise mõistet ei sätesta.³⁶⁶ **Osalist täitmist tuleb eristada ositi täitmisest**, mille sisu avab VÕS § 83 ja mille kohaselt loetakse ositi täitmiseks sellist täitmist, mis toimub mitmes osas, vastandudes ühekorraga täitmisele.³⁶⁷ Õiguskirjanduses märgitakse, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 eeskujusäte on BGB § 281 lg 1 ls 2.³⁶⁸ Seega on sätte tõlgendamisel kohane pöörduda Saksa õiguskirjanduse ja kohtupraktika poole. Saksa õiguse järgi on osalise täitmisega tegemist juhul, kui võlgniku sooritus on *osadeks jaotatav* ja võlgniku täitmine seisneb kohustuse

³⁶⁵ Osalise täitmise ja müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse mõistete kohta vt täpsemalt ptk 3.1.1 ja ptk 3.2.1.1.

³⁶⁶ Osalise täitmise kui asja lepingutingimustele mittevastavuse ühe juhtumi kohta VÕS § 217 järgi vt ptk 3.1.1. Sellest, kas müüja osaline täitmine kvalifitseerub müügieseme lepingutingimustele mittevastavuseks VÕS § 217 järgi, sõltub ühtlasi see, mil määral on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatus müüja osalisel täitmisel VÕS § 115 lg 4 järgi piiratud.

³⁶⁷ VÕS § 83 lg 1: „*Kui kohustus tuleb täita ühekorraga, võib võlausaldaja keelduda kohustuse ositi täitmise vastuvõtmisest, välja arvatud juhul, kui see oleks vastuolus hea usu põhimõttega.*” Selliselt loetakse ositi täitmiseks selline täitmine, mis toimub mitmes osas ja vastandub ühekorraga täitmisele, vt ka VÕS Komm I/Varul, § 82, lk 254–255; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 82, lk 397; VÕS Komm I/Varul, § 83, lk 257–258, VÕS Komm I (2016)/Varul, § 83, lk 406–407; samuti VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405–406; mõnevõrra erinevalt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 615–616, kus Kõve leiab, et sätet saab kohaldada ka osalisele taganemisele lepingust, millest tulenevad kohustused saab osadeks jaotada. Millel selline muutunud seisukoht põhineb, jääb siiski arusaamatuks, kuna sätte eeskujuallikad sellist võimalust ette ei näe. Seega on Kõve tõlgendus äärmiselt küsitav. Vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.2.

³⁶⁸ VÕS Komm I/Kõve § 115, lk 387.

*kvantitatiivses mittetäitlikus täitmisel.*³⁶⁹ Osalise täitmisega on tegu ka juhul, kui müügilepingu ese koosneb mitmest iseseisvast asjast ja võlgnik täidab kohustuse mõne asja suhtes (nt müüdnud mööblikomplekti puhul annab müüja õigeaegselt üle diivani, kuid rikub kohvilaua ja tugitooli üleandmise kohustust³⁷⁰). Osalise täitmisega ei ole tegemist mh juhul, kui sooritus ei ole tehniliselt või kokkuleppeliselt osadeks jaotatav.³⁷¹ Sellisel *vastandub osalisele täitmisele* (osasoorituse tegemisele) *mittekohane täitmine*, mille sisuks on soorituse kvalitatiivne puudus (mittekohasus).³⁷² Mittekohase soorituse puhul on sooritus koormatud kas õigusliku või kvalitatiivse puudusega, mis erineb põhimõtteliselt osasooritusest.³⁷³ Osasoorituse regulatsiooni kohaldamine eeldab, et võlgnik on osalise soorituse reaalselt teostanud ning võlausaldaja on selle vastu võtnud või sattunud vastuvõtuviivitusse.³⁷⁴ Teisisõnu, kui võlausaldaja õigustatult keeldub osasoorituse vastuvõtmisest, tuleb võlgniku rikkumine lugeda mittetäitmiseks.³⁷⁵

Eelnevast tuleneb, et kui müüja on täiendava tähtaja jooksul täitnud kohustuse üksnes osaliselt (s.o esineb kvantitatiivne puudus), on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatus piiratud ja kahju hüvitamist kogu täitmise asemel võib ostja nõuda üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu *mõistlikku huvi* (VÕS § 115 lg 4 ls 2). Kuidas piiritleda mõistlikku huvi, seadusest ei ilmne. Kuna selles osas puudub väljakujunenud kohtupraktika ja põhjalikum analüüs õiguskirjanduses, on ka siin sätte tõlgendamisel kohane pöörduda selle allikate poole. VÕS § 115 lg 4 ls 2 otseseks eeskujuks olnud³⁷⁶ BGB § 281 lg 1 ls 2 osas märgitakse õiguskirjanduses, et võlausaldaja poolt kogu soorituse suhtes huvi kaotuse juures on otsustavaks, kas võlausaldajal on konkreetse osalise soorituse vastu huvi või mitte. Seejuures tuleb lähtuda konkreetse juhtumi asjaoludest ning objektiivse kõrvalvaataja lähtepunktist tuleb vastata küsimusele, kas osalise sooritusega saab võlausaldaja lepingu täitmisega silmas peetud huvi kas või osaliselt realiseerida.³⁷⁷ Sätte tõlgendamisel leetakse Saksa õiguskirjanduses ülekaalukalt, et asjaolu, kas võlgnik (müüja) võlausaldaja (ostja) poolt täitmisega silmas peetud eesmärki teadis või pidi teadma, ei oma mingit tähendust.³⁷⁸ Küll aga tuleb huvi äralangemise juures hinnata, kas ostja saaks mõistlikult saavutada lepingu eesmärgi ka juhul, kui ta nõuaks müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes osaliselt, s.o puudutavalt üksnes täitmata jäänud osa.³⁷⁹ Sellele hinnangu andmiseks tuleb võrrelda ostja olukorda, milles ta oleks, kui ta jätab osalise

³⁶⁹ Vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155 ff, Rn C 12 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 36, 40–41; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff.

³⁷⁰ Vt ka Looschelders (2010), Rn 625, Rn 257 ff.

³⁷¹ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 21, samuti vrdl BGH NJW 00, 1256.

³⁷² MüKo/Ernst, § 281, Rn 123; MüKo/Krüger, § 266, Rn 3 ff; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff.

³⁷³ Schwarze, S. 227–228, Rn 45.

³⁷⁴ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155–156; Schwarze, S. 228, Rn 45.

³⁷⁵ Vt ka Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33.

³⁷⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391.

³⁷⁷ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 296.

³⁷⁸ Vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 165; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 57; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 296.

³⁷⁹ Vt Erman/H.P. Westermann, § 281, Rn 7; MüKo, § 281, Rn 137; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 38; Nomos Komm/Dauner-Lieab, § 281, Rn 29.

täitmise endale ja nõuab müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes ärajäänud soorituse ulatuses, sellise ostja olukorraga, milles ta oleks, kui ta nõuaks müüjalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ja tagastaks müüjale viimase poolt täitmisena üleantu.³⁸⁰ Huvi äralangemisele hinnangu andmisel tuleb mh arvesse võtta, kas ja kui hõlpsasti saab ostja ärajäänud soorituse osas asendust leida.³⁸¹ Üldiselt tuleks eeldada, et ostjal on võimalik muretseda osaliselt ärajäänud sooritusele asendus, v.a kui see on tema jaoks seotud oluliste finantsiliste või muude raskustega.³⁸²

Küsitav on, kas müüja poolt **täiendava tähtaja jooksul osalisel täitmisel** tuleb ostjal kahju täitmise asemel nõude maksmapanekuks anda müüjale veel kord täiendav tähtaeg või võib ta esitada kahjunõude – kas osaliselt või kogu täitmise asemel – kohe. Autori hinnangul ei ole uue täiendava tähtaja määramine vajalik, kuna esimese täiendava tähtaja andmise ja selle osaliselt edutu möödumisega on täiendava tähtaja eesmärk – anda müüjale viimane võimalus kohustused oma vahenditest täita – realiseerunud. Teisisõnu, võlgnik (müüja) ei saa täiendava tähtaja osalise edutu möödumisega pikendada talle ette nähtud rikkumiste kõrvaldamise tähtaega. Sarnasele järeldusele on jõutud ka Saksa õiguskirjanduses, kus märgitakse, et kui võlausaldaja on võlgnikule määranud täiendava tähtaja kohustuse täitmiseks ja võlgnik teeb täiendava tähtaja jooksul soorituse üksnes *osaliselt*, ei ole tegemist uue rikkumisega ja võlausaldaja võib nõuda võlgnikult uut täiendavat tähtaega määramata kahju hüvitamist täitmise asemel ulatuses, milles võlgnik ei ole sooritust täitnud (s.o osaliselt ärajäänud soorituse asemel).³⁸³ Seevastu kahju hüvitamist kogu täitmise asemel võib ostja sellisel juhul nõuda üksnes tingimusel, et ta on kaotanud huvi müüja soorituse vastu tervikuna.³⁸⁴ Kui ostjal sellist kogu soorituse vastu huvi äralangemist aga ei esine, ei saa müüja *osalise* täitmise puhul ostja poolt kahju kogu täitmise asemel nõude esitamist pidada mõistlikult õigustatuks.³⁸⁵

Oluline on märkida, et kui müüjal tuleb täita kohustused ühekorraga – mis on praktikas reegljuhtum –, võib ostja VÕS § 83 lg 1 järgi üldjuhul keelduda kohustuse osalise täitmise vastuvõtmisest, v.a kui see oleks vastuolus hea usu põhimõttega (VÕS § 83 lg 1).³⁸⁶ See aga tähendab, et kui ostja õigustatult keeldub müüja poolt täiendava tähtaja jooksul pakutud *osalise* täitmise vastuvõtmisest, kaasneb täiendava tähtaja edutu möödumisega kohustuste täielik täitmata jätmine (mittetäitmine) ja ostja võib nõuda müüjalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel.³⁸⁷

Olukord on oluliselt erinev juhul, kui müüja annab täiendava tähtaja jooksul ostjale müügieseme küll üle, kuid see *ei vasta lepingutingimustele* (VÕS § 217) (nn

³⁸⁰ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 297. Ostja müügieseme tagastamiskohustuse kohta vt täpsemalt ptk 4.5.

³⁸¹ Schwarze, S. 229, Rn 46.

³⁸² Schwarze, S. 229, Rn 46, vt ka BGH NJW 90, 3011, 3013.

³⁸³ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 62; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 142–143.

³⁸⁴ Rõhutada tuleb, et osalise sooritusena ei saa siinkohal käsitleda asja lepingutingimustele mittevastavust või muud mittekohast täitmist, vt Dauner-Lieb, S. 146 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155, B 156; Schwarze, S. 228, Rn 45.

³⁸⁵ Vrdl Soergel/Gsell, § 326, Rn 81; sarnaselt Schwarze, S. 229, Rn 46.

³⁸⁶ Vt VÕS Komm I/Varul, § 83, lk 257–258; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 83, lk 406–407.

³⁸⁷ Sarnaselt Saksa õiguses, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 142; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 62; MüKo/Ernst, § 281, Rn B 62.

mittekohane ehk puudusega täitmine). Kuna kohustuse **mittekohane täitmine ei ole samastatav kohustuse osalise täitmisega**, olles kohustuse rikkumise iseseisev liik, ei ole müüja poolt täiendava tähtaja jooksul tehtud mittekohasel täitmisel ostja nõude ulatusele VÕS § 115 lg 4 piirangud laiendatavad.³⁸⁸ Seda põhjusel, et osalise täitmise ja mittekohase täitmise puhul on faktiline olukord ostja (võlausaldaja) jaoks põhimõtteliselt erinev.³⁸⁹ Piltlikult väljendades: kui müüja tarnib kokkulepitud 10 tonni nafta asemel 9 tonni, on olukord oluliselt erinev sellest, kui müüja tarnib küll 10 tonni naftat, kuid see ei vasta kokkulepitud kvaliteeditingimustele. Kui esimesel juhul saab ostja 9 tonni kaupa reeglina lepingu eesmärgi saavutamiseks ära kasutada (s.o mingis iseseisvalt piiritletavas osas saavutab ostja lepingu eesmärgi), siis kvaliteedipuudusega täitmisel on kogu tarnitud 10 tonni müüja jaoks soovimatu. Teisisõnu, müüja **mittekohasel täitmisel on müüja täitmine tervikuna puudulik**, sh ei eksisteeri mingit osa sooritusest, mis vastaks kokkulepitud tingimustele ja millega ostja saaks lepinguga silmas peetud eesmärgi vähemasti osaliselt saavutada. Kui nt müüja tarnitud reklaamplakatid on korrektsed, kuid 20% plakatitest on jäänud tarnimata, on olukord põhimõtteliselt erinev sellest, kui tarnitud on kokkulepitud kogus, kuid plakatite tekstil on nt trükivead või on kujundamisel kasutatud sinise tausta asemel punast. Ühtlasi on autori hinnangul õigustatud, et VÕS § 115 lg 4 ls-s 1 sätestatud nõude ulatuse piirang müüja (võlgniku) mittekohasele täitmisele ei laiene. See tähendab, et ostja võib müüja kohustuste mittekohasel täitmisel vabalt valida, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult. Eelneva võib kokku võtta järgmiselt.

Kui müüja tarnib ostjale kokkulepitud 10 tonni nafta asemel 9 tonni kaupa, võib ostja nõuda müüjalt kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes tarnimata jäänud 1 tonni ulatuses. Selleks võib ostja nõuda ühe tonni nafta omandamise kulude või selle väärtuse hüvitamist. Seevastu müüja poolt 10 tonni mittekvaliteetse nafta tarnimisel võib ostja valida, kas ta nõuab: a) lepingutingimustele mittevastavuse kõrvaldamise kulude hüvitamist (nt nafta ümbertöötlemisele kantavad kulud) või kohase ja mittekohase väärtuse vahe hüvitamist (nt on kokkulepitud tingimustele mittevastava nafta väärtus 10 000 EUR madalam); või b) nõuab ostja müüjalt 10 tonni nafta asendustehingu kulutuste hüvitamist või nafta väärtuse hüvitamist. Kuna seadus ostja nõude ulatusele piiranguid ette ei näe, kuulub otsustusõigus nõude ulatuse üle ostjale.

Eelneva paralleelina võib välja tuua, et sarnaselt ei saa mittekohase täitmise puhul rääkida osalisest lepingust taganemisest. Seda põhjusel, et taganemine üksnes kohustuse mittekohasusest (müügieseme puudusest) ei ole võimalik.³⁹⁰ Eelnevalt kirjeldatud näite puhul tähendab see, et lepingutingimustele mittevastava nafta tarnimisel ei saa ostja taganeda lepingust üksnes kvaliteedipuuduse osas, kuna selline müüja täitmine ei ole osadeks jaotatav. Teisisõnu, erinevalt mittekohasest täitmisest on osalise täitmise korral tegemist olukorraga, kus ostjale täidetakse sooritus vähemasti mingis

³⁸⁸ Vt ka ptk 3.1.1 ja ptk 3.2.4; VÕS § 115 lg 4 lg 1 kohaldub üksnes *kvantitatiivse osalise* täitmise juhtumitele, nagu näeb otseselt ette ka sätte eeskujallikas BGB § 281 lg 1 ls 2; igal juhul ei ole mittekohane täitmine osalise täitmise mõistega hõlmatud, olemata seega selle alaliik; vrdl VÕS Komm I/Köve, § 100, lk 313; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 469.

³⁸⁹ Vrdl Staudinger/Schwarze, § 281, Rn C 1.

³⁹⁰ Puudusega soorituse korral ei näe ka BGB ette võimalust taganeda lepingust osaliselt, vt MüKo/Ernst, § 323, Rn 197; Markesinis/Unberath/Johnston, p 428.

osas kokkulepitud omadustes ja kvaliteedis: see osa kohustustest, mis on täidetud, on tehtud kohaselt ja täielikult. Sellisel juhul on ostjal eelduslikult võimalik kasutada sooritatud osa eesmärgipäraselt, mistõttu üldjuhul ei ole ostja kaotanud talle täidetud osa suhtes huvi.

Nõustuda ei saa õiguskirjanduses märgituga, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 järgne osalise täitmise mõiste on ebaselge ja et see võiks hõlmata ka mittekohase täitmise juhtumeid.³⁹¹ Võttes lisaks eelnevalt märgitule arvesse, et **sätte otsene eeskujallikas** näeb üheselt ette, et osaline täitmine hõlmab üksnes kvantitatiivset mittetäielikku täitmist ja mittekohase täitmise juhtumitele see ei kohaldu, ei ole osalise täitmise mõiste laiendamine mittekohasele täitmisele õigustatud.³⁹² Vastavat reguleerib VÕS § 115 lg 4 ls 2 üksnes võlgniku *osalise* täitmise puhul võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel.³⁹³

Ebaõige on õiguskirjanduses väljendatu, et lähtudes VÕS § 115 lg 4 otsesest allikast ei saaks kohustuse mittekohasel täitmisel kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet üldsegi esitada.³⁹⁴ Selline seisukoht ei ole täpne: nagu märgitud, on VÕS § 115 lg 4 ls 1 allikas BGB § 281 lg 1 ls 2, mitte BGB-KE § 283 lg 5, mistõttu ei saa BGB-KE-le viitamist VÕS § 115 lg 4 ls 1 kontekstis pidada õigeaks.³⁹⁵ Kui analüüsida BGB § 281 lg 1 regulatsiooni, siis see ei välista võlgniku mittekohasel täitmisel võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet. Vastupidi, mittekohasel täitmisel võib võlausaldaja täiendava tähtaja edutul möödumisel piiramatult nõuda *mittekohasest täitmisest* tingitud kahju hüvitamist täitmise asemel. BGB § 281 lg 1 ls 3 piirab üksnes võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist *kogu täitmise asemel*, s.o võlausaldaja õigust loobuda võlgniku sooritusest tervikuna.³⁹⁶ Kuna BGB § 281 lg 1 ls 3 ei ole aga VÕS § 115 lg 4 allikaks olnud, ei saa sellest teha ka mingeid järeldusi VÕS-i kontekstis.

Seega tuleb võlgniku mittekohasel täitmisel võlausaldaja nõude ulatuse osas lähtuda VÕS § 115 lg 2 ls-s 1 sätestatud üldreeglist, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel – ja seda ilma lg-s 4 ette nähtud piiranguteta. Teisisõnu, võlausaldaja on vaba otsustama, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu soorituse (täitmise) asemel või üksnes piiratult (nt puuduste kõrvaldamise kulude või puudusest tingitud kohase ja mittekohase müügieseme väärtuse vahe hüvitamist).³⁹⁷

Selline regulatiivne tulemus **on kooskõlas** taganemisõiguse kui teise keskse võlgniku täitmiskohustust lõpetava õiguskaitsevahendi regulatsiooniga. Nii harmoniseerub

³⁹¹ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 395; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 115, lk 597–598.

³⁹² Vt ka ptk 3.1.1.

³⁹³ VÕS § 115 lg 4 teise lause eesmärk ei ole sätestada iseseisvat osalise täitmise mõistet, vaid üksnes kahju kogu täitmise asemel nõude esitamise tingimused võlgniku osalisel täitmisel. Vt täpsemalt ptk 3.1.1.

³⁹⁴ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 395; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 115, lk 597, lk 590 joonealune viide 1720; VÕS § 115 lg 4 ls 1 otsene allikas sellist piirangut ette ei näe – vastupidi, see piirab üksnes kahju hüvitamist kogu täitmise asemel nõude esitamise juhtumeid. Mittekohasele täitmisele VÕS § 115 lg 2 ls 1 ega selle eeskujunormid mingeid piiranguid ei sea.

³⁹⁵ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391 ja lk 395; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 115, lk 590 ja lk 597. Eksitus on tõenäoliselt tingitud sellest, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 ja ls 2 allikad on erinevad, mistõttu ei ole tehtud üldistus õige.

³⁹⁶ Vrdl BGB § 281 lg 1; nn suure ja väikese kahju mõiste kohta vt ptk 1.3.3.

³⁹⁷ Nõude ulatuse ja näidete kohta vt ka ptk 1.3.2.

tulemus, kus võlausaldaja võib võlgniku mittekohasel täitmisel nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, VÕS § 116 lg 2 p-ga 5, mille järgi saab võlausaldaja (ostja) võlgniku (müüja) poolt *ükskõik millise kohustuse* täiendava tähtaja jooksul täitmata jätmisel – seega ka täiendava tähtaja perioodil kohustuste mittekohasel täitmisel³⁹⁸ – lepingust taganeda. Sellisel juhul ei kohaldu taganemisõiguse ulatusele ka VÕS § 116 lg 3 piirang, mis laieneb üksnes *ositi täitmise* juhtumitele ega puuduta mittekohast täitmist.³⁹⁹ Regulatsioon on kooskõlas ka müügilepingu sättega VÕS § 223, mis lubab ostjal taganeda lepingust sõltumata kõrvaldamata rikkumise ulatusest ja olulisusest.⁴⁰⁰ Ühtlasi on selline regulatiivne tulemus kooskõlas põhimõttega, et lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise materiaalsed eeldused peaksid kattuma.⁴⁰¹

Samuti on ebaõige õiguskirjanduses märgitu, et VÕS § 115 lg 4 ls 2 allikaks olnud BGB-KE ei võimaldanud võlausaldajal nõuda mittekohase (puudusega) täitmise korral kahju hüvitamist täitmise asemel.⁴⁰² Tegelikuses BGB-KE § 283 sellist piirangut ette ei näinud ja sätte kolmas lõige reguleeris üksnes võlausaldaja kahju hüvitamise *kogu täitmise asemel* nõude tingimusi.⁴⁰³ Võlausaldaja üldise õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel – sh mittekohase täitmise ja mittetäitmise puhul – sätestas BGB-KE § 283 lg 1.

VÕS § 115 regulatsiooni muudabki problemaatiliseks asjaolu, et täiendava tähtaja edutul möödumisel võib võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist *kogu täitmise asemel* sõltumata mittekohase täitmise ulatusest. Seega võib ostja soovi korral nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (või lepingust taganeda) mh juhul, kui rikkumine on ebaoluline või isegi marginaalne.⁴⁰⁴ Nii võib ostja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (või lepingust taganeda VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi) ka juhul,

³⁹⁸ Sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

³⁹⁹ Vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.2, samuti vrdl VÕS Komm I/Varul, § 83, lk 254–255; VÕS Komm I/Varul, § 83, lk 257–258, samuti VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405–406; VÕS Komm I/Varul, § 82, lk 254–255; VÕS Komm I (2016)/Varul, § 82, lk 397; VÕS Komm I/Varul, § 83, lk 257–258, VÕS Komm I (2016)/Varul, § 83, lk 406–407; samuti VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405–406; mõnevõrra erinevalt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 615–616, kus Kõve leiab, et sätet saab kohaldada ka osalisele taganemisele lepingust, millest tulenevad kohustused saab osadeks jaotada. Millel selline muutunud seisukoht põhineb, jääb siiski arusaamatuks, kuna sätte eeskujallikad sellist võimalust ette ei näe. Seega on Kõve tõlgendus äärmiselt küsitav. Vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.2.

⁴⁰⁰ Vt täpsemalt ptk 3.2.3, ptk 1.1.3.

⁴⁰¹ Vt eelduste võrdluse kohta täpsemalt ptk 4.4.3.3; vrdl Saksa õiguses BGB § 281 ja § 323, õiguskirjanduses märgitakse, et selline eelduste kokkulangevus on seadusandja teadlik otsustus, vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 7; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 12–13; BT-Drucks 14/6040 S. 137, 138; vt eelduste kokkulangevuse vajalikkuse suhtes kriitiliselt Weiss, S. 3393 ff.

⁴⁰² Vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590. Tuleb ka märkida, et VÕS § 115 lg 4 ls 2 tegelik allikas on tõenäoliselt BGB-KE § 283 lg 3, mitte aga lg 5, kuna BGB-KE §-s 283 on üksnes neli lõiget; vrdl VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391, VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590 ja BGB-KE § 283 lg 3 tekst.

⁴⁰³ Vrdl BGB-KE § 283 lg 3 tekst, kus märgitakse selgelt „..., so kann er statt der ganzen Leistung Schadensersatz verlangen, wenn ...“, samuti vt BJM BGB-KE, S. 135–136.

⁴⁰⁴ Vt sarnase probleemi kohta lepingust taganemisel VÕS § 116 ja § 223 järgi ptk 4.4.3.3.2 ja ptk 5.2.2.1.2; õiguse kuritarvitamise piirang põhineb üldisel hea usu põhimõttel, mille rakendamine peaks tulema kõne alla üksnes erandlikult ja õiguste selge kuritarvitamise puhul, vt ptk 2.6.4.

kui müüja küll annab täiendava tähtaja jooksul müügiesemeks olnud auto ostjale üle, kuid autos puuduvad porimatid, piduritule pirn ei tööta vms. Samuti võib ostja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (või lepingust taganeda VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi), kui ostetud eramu termomeeter ei tööta või kui edastatud kauba pakend on saanud väiksemaid kahjustusi. Need on küll äärmuslikud näited, kuid ilmestavad hästi regulatsiooni puudulikkust.

Autori hinnangul oleks igal juhul vajalik, et võlausaldaja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisele laieneksid mõistlikud piirangud. Siinkohal oleks kohane võtta eeskuju BGB § 281 lg-st 1, mille kolmanda lause järgi ei või võlausaldaja võlgniku poolt kohustuse *mittekohasel täitmisel* (sh asja lepingutingimustele mittevastavuse korral) nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui kohustuse rikkumine on *ebaoluline (vähetähtis)*. Seejuures on BGB § 281 lg 1 ls 3 järgi tõendamiskoormis, et rikkumine on ebaoluline ega õigusta võlausaldajat nõudma kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võlgniku (müüja) kanda.⁴⁰⁵ Selline tulemus vastaks ka mõistlikule poolte huvide tasakaalule – võlausaldaja saaks täiendava tähtaja edutul möödumisel muretult nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ja ei peaks seejuures kartma, et nõude esitamise õigustatus võiks osutuda hiljem keeruliseks ja ebaselgeks vaidlusaluseks küsimuseks. Võlgniku huvid on aga kaitstud seeläbi, et võlausaldaja ei või oma positsioone kuritarvitada ja vabaneda võlgniku täitmisest üksnes ebaolulise (vähetähtsa) rikkumise ettekäändel. Kuna rikkumise ebaolulisust hinnatakse objektiivselt, oleks mõistlik, kui tõendamiskoormis rikkumise ebaolulisusest oleks võlgniku kui kohustust korduvalt (s.o ka täiendava tähtaja lõppedes) rikkunu kanda.

Eeltoodust tulenevalt teeb autor ettepaneku muuta VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui kohustus on osadeks jaotatav ja võlgnik on täitnud kohustuse osaliselt, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Kui võlgnik on kohustuse täitnud mittekohasel, ei või võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui kohustuse rikkumine on vähetähtis.“

Sarnaselt müüja poolt täiendava tähtaja jooksul kohustuste osalise täitmisega tõuseb ka mittekohase täitmise puhul üles küsimus sellest, kas kahju hüvitamise täitmise asemel nõude makspanekuks tuleb ostjal määrata müüjale *uus täiendav tähtaeg* rikkumise kõrvaldamiseks. Autori hinnangul tuleks ka siin lähtuda sarnasest kaalutlusest, et kuna esimese täiendava tähtaja määramise ja selle osaliselt edutu möödumisega on täiendava tähtaja eesmärk juba realiseerunud, siis ei vääri võlgnik lisakaitset uue täiendava tähtaja määramise näol. Täiendava tähtaja mõte on, et võlgnikul tuleb rikkumine täiendava tähtaja jooksul täielikult kõrvaldada, ja tehes seda üksnes piiratult, ei peaks võlgnik saama võimalust täitmisega veelgi venitada. Ka suur osa Saksa õiguskirjandusest leiab, et sellisel juhul ei ole täiendava tähtaja korduv määramine vajalik ja võlausaldaja võib nõuda koheselt kahju hüvitamist täitmise asemel või lepingust

⁴⁰⁵ Vrdl MüKo/Ernst, § 281, Rn 154.

taganeda.⁴⁰⁶ Kuna müüja on kohustatud üle andma puudusteta asja, siis on ta täiendava tähtaja möödumisel sellist kohustust rikkunud kaks korda – müüja ei ole kohustust täitnud tähtpäeval ega ka ostja määratud täiendava tähtaja perioodil.⁴⁰⁷ Samuti satuks vastasel juhul müüja, kes ei anna müügieset üle algselt kokkulepitud tähtajal, oluliselt paremasse olukorda kui müüja, kes täidab kohustuse mittekohaselt tähtaegselt, kuid ei kõrvalda puudust täiendava tähtaja jooksul. Oleks ebamõistlik asetada müüja, kes on rikkunud kohustusi rängemalt, paremasse positsiooni.⁴⁰⁸ Kui võlausaldaja (ostja) aga keeldub täiendava tähtaja perioodil õigustatult võlgniku (müüja) pakutud puudusega täitmise vastuvõtmisest, tuleb täiendav tähtaeg lugeda *täielikult* edutult möödunuks ja ostja (võlausaldaja) võib nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Ka sellisel juhul ei ole uue täiendava tähtaja andmine oluline ja võlgnik (müüja) tuleb lugeda kohustusi täielikult mittetäitnuks.⁴⁰⁹

Lõpetuseks võib müüja poolt täiendava tähtaja jooksul tehtud täitmine olla ühtaegu nii osaline kui ka mittekohane. Sellisel juhul tuleb eelnevalt käsitletud põhimõtteid kasutada kombineeritult: täitmata osa suhtes võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, olemata kohustatud määrama täiendavat tähtaega; samuti võib ostja nõuda koheselt mittekohase osa suhtes kahju hüvitamist täitmise asemel – seda kas siis kogu mittekohase osa täitmise asemel või üksnes piiratud (s.o puudutavalt mittekohaselt täidetud osa puudust); kogu müüja täitmise asemel tervikuna (s.o loobuda müüja kogu sooritusest) võib ostja aga üksnes juhul, kui täitmata osa ja mittekohaselt täidetud osa toovad kaasa ostja huvi äralangemise kogu täitmise suhtes.⁴¹⁰

Näide: O ostab M-lt Wiiralti 1920ndatel loodud graafiliste lehtede kollektsiooni. Kuna M otsustab peale müügilepingu sõlmimist ja O poolt täitmiseks täiendava tähtaja määramist osa kollektsiooni kuuluvatest graafi listest lehtedest müüa parema hinnaga O2-le, siis täidab M kohustused üksnes osaliselt. Hiljem selgub, et üleantud kollektsioonis on osa graafilisi lehti väga halva kvaliteediga (M ei kõrvalda ka seda puudust). *Lahendus:* O võib nõuda M-lt kahju hüvitamist täitmise asemel seoses täitmata osaga (puuduolevad graafilise lehed) kohe (hinnavahe või asendustehingu kulu hüvitamist⁴¹¹); samuti võib O nõuda uut täiendavat tähtaega määramata kahju hüvitamist täitmise asemel selliste graafiliste lehtede osas, mis on mittekohased (O võib nõuda kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe või ka hinnavahe või asendustehingu kulu hüvitamist). Samas õigus loobuda kogu M-i täitmisest on O-l üksnes juhul, kui M-i rikkumised toovad kaasa O-l täitmise kui terviku suhtes huvi äralangemise. Nt on M-le teada, et O-l on huvi saada kogu Wiiralti 1920ndate kollekt-

⁴⁰⁶ Vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 65; Nomos Komm/Daunder-Lieab, § 281, Rn 27; PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 10; teisiti Jauernig/Stadler, § 281, Rn 7; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 12.

⁴⁰⁷ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 150; Reinicke/Tiedtke, Rn 472.

⁴⁰⁸ Schwab, S. 133; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 150.

⁴⁰⁹ Sarnaselt Saksa õiguses, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 149.

⁴¹⁰ Sarnaselt Saksa õiguses, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 321 ff; vt ka Canaris (2006), S. 92 ff; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 156; MüKo/Ernst, § 323, Rn 267; vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 169 ff, Rn B 179.

⁴¹¹ Vt täpsemalt ptk 5.

sioon tervikuna. Kuna sellisel juhul ei pruugi O-l olla huvi mittetäieliku täitmise vastu, võib O nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (või ka nt lepingust taganeda).

Eeltoodu kehtib ka juhul, kui müüja täitmine on osadeks jaotatav ja üksnes üks osa on mittekohaselt täidetud, kuid ülejäänud osade täitmine on kohane. Sellisel juhul võib ostja loobuda kogu täitmisest tervikuna, kui ühe osa mittekohasel täitmisel on selline mõju, et ostja kaotab huvi kogu täitmise vastu. Sarnane peaks olema käsitus ka kestva lepingu iseloomuga müügilepingute puhul, nt kui on tegemist pikemaajalise tarnelepinguga, kus müüja peab tarneid tegema korduvalt.⁴¹²

2.5 Kahju arvestamine ja selle kindlaksmääramise aeg

2.5.1 Kahju arvestamine

Ostja poolt kahju hüvitamise nõude esitamine eeldab, et talle on müüja kohustuste rikkumise tõttu tekkinud või tekib tulevikus kahju.⁴¹³ Ilma kahju tekkimiseta ei saa rääkida kahjunõude esitamisest.⁴¹⁴ Kui müüja rikub lepingulist kohustust, on kahju hüvitamise eesmärk asetada ostja olukorda, milles ta oleks olnud, kui müüja oleks lepingut korrektselt täitnud (VÕS § 127 lg 1). Selliselt kaitseb lepinguline kahju hüvitamise nõue eelkõige võlausaldaja positiivset huvi ehk täitmishuvi (nn positiivne kahju).⁴¹⁵ Kahju ulatuse arvestamisel lähtutakse diferentsihüpoteesi põhimõttest.⁴¹⁶ Järgnevalt analüüsitakse, kuidas võib ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames tüüpiliselt kahju arvestada.

Müüja poolt kohustuste **mittetäitmisel** on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sisu müüja ärajäänud soorituse väärtuse rahas kompenseerimine lähtuvalt soorituse turuhinnast.⁴¹⁷ Selliselt asetatakse ostja kahju hüvitamise teel varaliselt olukorda, milles ta oleks olnud müüja poolt kohustuste kohasel täitmisel: kui müüja oleks kohustused täitnud, oleks ostja varaline seisund müüja kohase soorituse väärtuse võrra suurem. Kui ostja teeb müüja soorituse asendamiseks asendustehingu, on ostja

⁴¹² Vrdl Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 176 ff; BeckOK/Unberath, § 280, Rn 67.

⁴¹³ RKTko 3-2-1-5-12, p 27.

⁴¹⁴ Vt kahju tekkimisega seotud problemaatika kohta ka RKTko 3-2-1-38-15, p 19; RKTko 3-2-1-14-02.

⁴¹⁵ Positiivse ja negatiivse kahju, samuti normatiivse ja reaalse kahju eristamise kohta vt VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 438–440; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 657–658; samuti RKTko 3-2-1-106-03, p 14.

⁴¹⁶ Vt ka ptk 4.4.3.1, samuti RKTko 3-2-1-100-13, p 13; RKTko 3-2-1-36-15, p 22; võrreldakse kahjustatud isiku varalist olukorda peale kahju tekitanud sündmuse aset leidmist sellise hüpoteetilise varalise olukorraga, mis oleks eksisteerinud juhul, kui kahju tekitanud sündmust poleks toimunud, vt VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 437–438; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 656–657; vrdl Kull/Käerdi/Kõve, lk 263–266.

⁴¹⁷ Vt ptk 1.3.2, vt ostja hinnavahe nõude ja selle arvestuse kohta põhjalikult ptk 5; vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 34; BeckOK/H. Schmidt, § 325, Rn 6; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 240 ff; Miko 7/Ernst, vorb § 281, Rn 3, Rn 13, Rn 40; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 99; Schwarze, § 25, Rn 17; vrdl ka VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 443–444; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 664–665.

nõude sisu asendustehingule kantud kulu, s.o kulu, mis ostjal tuleb kanda selleks, et saavutada lepingu eesmärk. Nii väärtuse hüvitamise nõude kui ka asendustehingule kantud kulu hüvitamise nõudmisel saab ostja oma kahjunõude tasaarvestada oma-poolse müüja ees eksisteeriva ostuhinna tasumise kohustusega, mille tulemusena realiseerubki ostja jaoks olukord, milles ta oleks olnud siis, kui müüja oleks kohustused kohaselt täitnud.⁴¹⁸ Asendustehingu tegemisel seisneb ostja jaoks lõppastmes kahju lepingujärgse ostuhinna ja asendustehingule kantud (kõrgema) ostuhinna diferentsis,⁴¹⁹ muul juhul aga lepingujärgse ostuhinna ja müüja soorituse väärtuse vahes.⁴²⁰

Autori hinnangul peaks ostjal **põhimõtteliselt olema õigus** arvestada kahju nii abstraktselt kui ka konkreetselt.⁴²¹ Asjaolu, kas ostja on tegelikkuses asendustehingu teinud ja sellele lisakulu kandnud või mitte, ei tohiks omada tähendust (vrld ka VÕS § 135 lg 2).⁴²² Nii peaks ostjal olema kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude raames õigus arvestada kahju lepingujärgse ostuhinna ja müügieseme turuhinna vahena. Nt kui lepingujärgne ostuhind on 10 000 EUR, kuid kauba turuhind on 12 000 EUR, peaks ostjal olema õigus arvestada kahju abstraktselt ja nõuda 2000 EUR hüvitamist.⁴²³ Sealjuures ei tohiks müüja saada esitada vastuväidet, et ostja jaoks oli müügiese kasutu⁴²⁴ või et ostjal puudub soov asi edasi võõrandada.⁴²⁵ Selline tulemus on kooskõlas ka diferentsihüpoteesi põhimõttega – müüja poolt kohustuste kohasel täitmisel oleks ostja varaline seis eeltoodud näite puhul 2000 EUR võrra suurem, mistõttu ostjale kasulikust tehingust tekkinud varanduslik kasu tuleks müüjal hüvitada. Ostja saab arvestada kahju ka konkreetselt ja nõuda nt asendustehingule kantud lisakulu hüvitamist.⁴²⁶

Kahju konkreetselt arvestamisel ei ole oluline, kas ostja (võlausaldaja) nõuab juba *kantud kulutuste* või *tulevikus kandmisele tulevate kulutuste* hüvitamist. Esimesel juhul on tegemist sellise kahjuga, mille ostja (võlausaldaja) on müüja (võlgniku) vastu kahjunõude (tagasinõude) esitamise hetkeks juba kandnud või mille osas on tal tekkinud kulu kandmise kohustus kolmanda isiku ees. Teisel juhul võib ostja (võla-

⁴¹⁸ Vrdl Saksa õiguses Schwarze, § 25, Rn. 18; eeltoodu ei piira ostja õigust nõuda muu kui täitmise asemel tekkinud kahju hüvitamist, vt ptk 5.2.3.5 ja ptk 5.2.4.4. Ostja vastusooritukohustuse püsimajäämise osas vt ptk 4.4.

⁴¹⁹ Sarnaselt ka Saksa õiguses, kus puudub VÕS § 135 sätte analoog ja kahju arvestatakse BGB 249 jj järgi lähtuvalt üldsätetest, vt Schwarze, § 25, D Rn 17; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 58. Ostja hinnavahe nõude osas vt täpsemalt ptk 5.

⁴²⁰ Vrdl ka VÕS § 135 lg 2; Saksa õiguses vt MükO 7/Ernst, vorb § 281, Rn 26. Ostja hinnavahe nõude osas vt täpsemalt ptk 5.

⁴²¹ Vrdl Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 71 ff; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 24 ff ja 40 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 17, 30 ff; BGH NJW 2002, 313; õiguse kohta arvestada kahju abstraktselt vt täiendavalt BeckOK/Unberath, § 281, Rn 39.

⁴²² Vrdl RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-55-11, p 14; RKTko, 3-2-1-139-05, p 12; RKTko 3-2-1-75-07, p 13; vrdl ka RKTko 3-2-1-121-08, p 16.

⁴²³ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn 77, § 281, Rn B 146; vt ka MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 40 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 26.

⁴²⁴ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 100.

⁴²⁵ MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 55.

⁴²⁶ Vt asendustehingu ja hinnavahe hüvitamise nõude kohta täpsemalt ptk 5. Võlausaldaja ei saa abstraktselt ja konkreetselt arvestatud kahju kumuleerida.

usaldaja) kahjunõue seisneda tulevikus kantavates kulutustes. Ühtlasi tuleneb sellest, et asendustehingu või puuduste kõrvaldamise kulu ei pea nõude esitamise ajaks olema tingimata juba kantud.⁴²⁷ Seda ei saaks ka eeldada, kuna suuremahuliste tehingute puhul ei pruugi võlgnikul olla vajalikus ulatuses likviidseid vahendeid. Viimane ei tohiks aga vabastada võlgnikku kahju hüvitamise kohustusest.

Müüja poolt rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja jooksul kohustuste **osalisel** või **mittekohasel** täitmisel sõltub ostja kahjunõude sisu sellest, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult.⁴²⁸ Kahju kogu täitmise asemel nõude esitamisel saab ostja arvestada kahju nagu müüja poolt kohustuste mittetäitmisel – s.o nõuda müüja soorituse väärtuse, asendustehingule kantud täiendavate kulude või hinnavahe hüvitamist.⁴²⁹ Kui ostja nõuab müüja *osalise täitmise* korral kahju hüvitamist üksnes puuduoleva osa suhtes, seisneb müüja kohustuse rikkumine kvantitatiivses sooritusdefitsiidis ja ostja võib nõuda kvantitatiivse sooritusdefitsiidi kõrvaldamiseks kantud asendustehingu kulude hüvitamist.⁴³⁰ Ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue seisneb sellisel juhul algse tehingu ja asendustehingu hinnavahes ehk ostjale tekkinud lisakulus seoses puuduoleva osa kolmandalt isikult omandamisega. Ostja võib sellise kahju hüvitamist nõuda sõltumata sellest, kas ta on kulud juba kandnud või kannab need tulevikus. Ostja võib nõuda ka müüja kogusoorituse ja osalise soorituse väärtuse vahe hüvitamist. Ostjal peaks olema õigus arvestada kahju ka abstraktselt, s.o nõuda ärajäänud soorituse väärtuse ja selle osa ostuhinna vahe hüvitamist.⁴³¹

Näide: O ostab M-lt 100 alust valget veini Rotkäppchen, kokku hinnaga 120 000 EUR ehk 1200 EUR üks alus. Kuna M tarnib täiendava tähtaja lõpuks O-le üksnes 70 alust, tuleb O-l puuduolevad 30 alust hankida M2-lt turuhinnaga 1500 EUR aluse kohta, kandes sellega seoses kokku kulu 45 000 EUR. Seega tuleb O-l kolmekümne aluse ulatuses tasuda ühe aluse eest 300 EUR rohkem. O kahjuarvestus on. O kahjuarvestus on järgmine: O on 100 aluse veini omandamiseks (s.o lepingu eesmärgi saavutamiseks) kandnud kokku kulutusi 120 000 + 45 000 EUR, s.o 45 000 EUR rohkem, kui algselt planeeritud. Samas on O-l M-i ees ostuhinna tasumise kohustus summas 120 000 EUR. O saab talle asendustehingu tegemisele kantud 45 000 EUR lisakulu (kahju) tasaarvestada M-i ostuhinna tasumise nõudega, mille tulemusena saab M nõuda O-lt 75 000 EUR tasumist. O-l on tasaarvestamise õigus sõltumata sellest, kas ta puuduolevad 30 alust M2-lt ka tegelikkuses omandab. Kokkuvõttes tuleb O-l kanda 100 aluse Rotkäppcheni omandamiseks 120 000 EUR. Selle erinevusega, et 75 00 EUR tuleb tal tasuda M-le ja 45 000 EUR M2-le.

Müüja poolt ostja määratud **täiendava tähtaja jooksul** lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisel saab ostja valida, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu

⁴²⁷ Vrdl RKTko 3-2-1-115-04, p 26; RKTko 3-2-1-19-13, p 13; RKTko 3-2-1-55-11, p 14; RKTko, 3-2-1-139-05, p 12; viidatud lahendites on Riigikohus leidnud, et kahju hüvitamisena nõutav kulu ei pea nõude esitamise ajaks olema kantud.

⁴²⁸ Vt ptk 2.4.

⁴²⁹ Vt ptk 1.3.2. Vt ostja hinnavahe nõude kohta täpsemalt ptk 5.

⁴³⁰ Vt juustukastide näide ptk 1.3.2.

⁴³¹ Vrdl VÕS § 135 lg 2, vt selle kohta täpsemalt ptk 5.2.4.

täitmise asemel või üksnes piiratult.⁴³² Nõudes kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, langeb ostja kahjunõude sisu kokku müüja poolt kohustuste mittetäitmisega (vt eest). Esitades nõude üksnes piiratult, saab ostja nõuda müüjalt kas müügieseme puuduste kõrvaldamise kulu hüvitamist (olenemata sellest, kas need on juba kantud või kuuluvad kandmisele tulevikus) või müügieseme mittekohasusest tingitud kohase ja mittekohase väärtuse vahe kompensatsioonimist.⁴³³ Mõlemad sellised nõuded saab ostja tasaarvestada müüja ostuhinna tasumise nõudega. Kui ostja on ostuhinna juba tasunud, saab ostja nõude maksma panna kahju hüvitamise sätete alusel.

Näide: M müüb O-le 5000 EUR eest traktori, mille mootor osutub vigaseks. Puuduste kõrvaldamise (mootori parandamise) kulu on 1500 EUR, puudusega traktori turuväärtus on aga spetsialisti hinnangul 4000 EUR. O-l on õigus arvestada kahju nii puuduste kõrvaldamise kulu kui ka hinnavahe nõude kaudu. O võib sellised nõuded tasaarvestada M-i ees eksisteeriva ostuhinna tasumise kohustusega (5000 EUR). Kokkuvõttes saavutabki O enese asetamise varaliselt positsiooni, milles ta oleks olnud, kui M oleks kohustused kohaselt täitnud.

2.5.2 Kahju ettenähtavus ja rikutud kohustuse kaitse-eesmärk

VÕS § 127 lg 2 kohaselt kuulub lepingurikkumisega põhjuslikus seoses olev kahju hüvitamisele üksnes juhul, kui sellise kahju ärahoidmine oli selle kohustuse eesmärk, mille rikkumise tagajärjel kahju hüvitamise kohustus tekkis.⁴³⁴ Riigikohus on märkinud, et igasuguste kahjude hüvitamine ei pruugi vastata pooltevahelisele mõistlikule riskijaotusele, mistõttu tuleb kohtul kahjuhüvitise väljamõistmisel igakordselt ära näidata, millise rikutud kaitsenormi esemesse väljamõistetud kahju jääb: kohus peab märkima lepingulise kohustuse või sätte, mille rikkumist kostjale ette heidetakse ning mille kaitse-eesmärgi ulatust kohus hindab.⁴³⁵ Sellise hinnangu andmine on õiguse kohaldamise, mitte aga asjaolude tuvastamise küsimus ning kohus peab seda tegema *ex officio*.⁴³⁶

Täiendava piirangu võlausaldaja kahju hüvitamise nõude ulatusele näeb ette VÕS § 127 lg 3, mille kohaselt peab lepingulist kohustust rikkunud lepingupool hüvitama üksnes sellise kahju, mida ta nägi rikkumise võimaliku tagajärjena ette või pidi ette nägema lepingu sõlmimise ajal, välja arvatud juhul, kui kahju tekitati tahtlikult või raske hooletuse tõttu.⁴³⁷ Sealjuures ei ole oluline, mida võlgnik nägi või pidi lepingu-

⁴³² Mittekohase täitmise puhul VÕS § 115 lg 4 järgne piirang ei kohaldu, vt ptk 3.2.4.

⁴³³ Vt ostja nõude ulatuse kohta ptk 2.4. Kahju arvestamise kohta vt ptk 1.3.2.

⁴³⁴ RKTko 3-2-1-106-11, p 10–12; sarnaselt RKTko 3-2-1-53-06, p 13; vt rikutud kohustuse kaitse-eesmärgi kohta põhjalikult Sein (2007), ptk 2; samuti Sein (2005), p 51 ff.

⁴³⁵ Vt ka RKTko 3-2-1-174-10, p 12, samuti RKTko 3-2-1-106-11, p 10, p 12; märkimist väärib, et ka Riigikohus ise enamasti sellist kohustust ei täida.

⁴³⁶ RKTko 3-2-1-174-10, p 11 jj.

⁴³⁷ Kas kahju peab olema võlgniku jaoks ettenähtav, määratletakse tavalise arusaama või konkreetset lepingut puudutavate asjaolude, näiteks poolte poolt vahetatud informatsiooni või nende varasema käitumise ja praktika põhjal, vt VÕS Komm I (2016)/Sein § 127, lk 662–663; sarnaselt ka PICC Comm, art 7.4.4, p 272, samuti MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 25; vt kahju ettenähtavuse põhimõtte kohta põhjalikult Sein (2007), ptk 3.

rikkumise tagajärjena ette nägema, vaid ka see, mida samal alal tegutsev mõistlik isik pidi ette nägema.⁴³⁸ Selline kahjunõude ulatuse piirang lähtub teesist, et pooltel peab olema võimalik lepingu sõlmimise hetkel kalkuleerida ja hinnata endale lepingu sõlmimisega kaasnevaid riske.⁴³⁹ Kui kahju on tekitatud tahtlikult või tulenevalt raskest hooletusest, vastutab võlgnik ka ettenähtamatu kahju eest (VÕS § 127 lg 3).

Eelnevast tulenevalt on ka ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kontekstis vaja hinnata, kas ostja kahju kuulub VÕS § 127 lg 2–3 järgi hüvitamisele. Üldistatuna võib väita, et reeglina täitmise asemel esitatud kahjunõude kontekstis kahju hüvitatavuse küsimus probleeme ei tekita – selline kahju peaks alati kuuluma hüvitamisele. Seda tulenevalt sellise kahjunõude eesmärgist ja esemest: täitmise asemel kahju vahetuks ülesandeks on tagada ostjale (võlausaldajale) müüja (võlgniku) kohustuse täitmisega silmas peetud täitmishuvi (positiivse huvi) realiseerumine. Müügilepingu puhul on ostja keskne huvi lepingutingimustele vastava müügieseme suhtes omandi ja valduse saamine (VÕS § 208, § 217), millega seotud ostja varalist positsiooni täitmise asemel kahjunõue silmas peabki. Selliselt on kahjuhüvitis, mis asendab müüja soorituskohustust ja tagab võlausaldajale täitmishuvi realiseerumise, kantud samast eesmärgist ja huvist, mida pidi täitma müüja kohane sooritus natuuras. Selline kahju on ühtlasi ostja jaoks kõige vahetum müüja kohustuste rikkumisest tekkinud negatiivne tagajärg, olles igale mõistlikule isikule ettenähtav. Teisipidi – müüja poolt kokkulepitud soorituse tegemise ja selle lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustus on suunatud just sellise kahju vältimisele, mis seondub soorituse ärajäämise, selle defitsiidi või mittekohasusega. Utreeritult võib isegi väita, et kui võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esemeks olev kahju ei kuuluks rikutud kohustuse kaitse-eesmärgist või kahju ettenähtavuse põhimõttest tulenevalt hüvitamisele, kaotaks kahju täitmise asemel nõude regulatsioon suuresti oma tähenduse. Selline tulemus oleks aga vastuolus regulatsiooni sisu ja eesmärgiga.

Sarnasele tulemusele on jõudnud ka Riigikohus, märkides n-ö üldreeglit loovas lahendis, et kohustuse täitmise asemel arvestatud kahju on eelduslikult hõlmatud rikutud kohustuse kaitse-eesmärgist (VÕS § 127 lg 2) ja ka ettenähtav (VÕS § 127 lg 3).⁴⁴⁰ Samuti on Riigikohus lugenud ostja poolt puuduste kõrvaldamisele ja parandamisele kantud kulud hüvitatavaks: puudusega lepingueseme kahjustuste ja puuduste kõrvaldamiseks kantud kulutused (konkreetsel juhul ebakvaliteetse puitehitise seenkahjustuse tõrje kulu) on käsitletavad VÕS § 127 lg 2 järgse kaitse-eesmärgiga kaetud ja ettenähtava kahjuna.⁴⁴¹

⁴³⁸ RKTko 3-2-1-179-15, p 30; RKTko 3-2-1-178-13, p 12.

⁴³⁹ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 441; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 1.

VÕS § 127 lg 3 regulatsiooni eeskujusätete järgi on määrav, et võlgnik pidi ette nägema kahju tekkimise võimalust ja kahju iseloomu (tüüpi), mitte aga selle ulatust, välja arvatud juhul kui kahju ulatus toob kaasa olukorra, kus kahju oma iseloomult on transformeerunud teist liiki kahjuks; vrdl PICC Comm, p 7.4.4, p 271; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 50; Chengwei, ch 14; Honnold/Flechtner, Art. 74, Rn. 406; StaudingerCISG/Magnus, art 74, Rn 34; MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 23; Brunner, art 74, Rn. 12.

⁴⁴⁰ RKTko 3-2-1-106-11, p 10; sarnaselt RKTko 3-2-1-100-15, p 24.

⁴⁴¹ RKTko 3-2-1-89-12, p 18; RKTko 3-2-1-5-12, p 33; RKTko 3-2-1-100-15, p 24; vrdl ka RKTko 3-2-1-71-14, H. Jöksi ja V. Kõve eriarvamuse p 4; sarnaselt CISG-s, vt Schlechtriem/

Tulemusele, et täitmise asemel arvestatava kahju näol on tegemist kõige tüüpilisema hüvitamisele kuuluva kahjuga, on jõutud ka õiguskirjanduses.⁴⁴² Seejuures ei oma tähendust, kuidas võlausaldaja (ostja) kahju arvestab.⁴⁴³ Ostjal on õigus arvestada kahju võlgnetava soorituse lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna vahena, samuti õigus nõuda asendustehingule kantud lisakulude hüvitamist. Eeltoodut toetab ka VÕS § 135 regulatsioon, mis näeb ostjale sellise õiguse ette lepingust taganemise korral.⁴⁴⁴

Seega peaks kohustuse täitmise asemel esitatud kahju kuuluma alati hüvitamisele. Seda sõltumata sellest, kas ostja (võlausaldaja) nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel tulenevalt müüja (võlgniku) kohustuste mittetäitmisest, osalisest täitmisest või mittekohasest täitmisest.⁴⁴⁵ Kui ostja kantud kulu on turuhindadega võrreldes ebamõistlik, võib kõne alla tulla hüvitise vähendamine VÕS § 139 järgi. See aga ei tähenda, et ostja peab eelistama kõige odavamast asendustäitmisest.⁴⁴⁶ Ostjal on õigus tellida puuduste kõrvaldamine või teha asendustehing usaldusväärse lepingupartneriga, vältimaks täiendavate riskide võtmist.

Turutingimustel tehtud asendustehingu puhul võib kahjuhüvitise piiramine tulla kõne alla üksnes turuhindade äärmiselt suure ja ootamatu tõusu korral ning tingimusel, et lepingupooled ei võinud lepingu sõlmimisel seda mõistlikult ette näha.⁴⁴⁷ Puuduste kõrvaldamise kulu ei pruugi aga olla ettenähtav, kui see on ebamõistlikult kõrge (ebaproportsionaalne) arvestades lepingu hinda ja kauba väärtust.⁴⁴⁸

Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel tähendab mh, et müüja ei saa esitada ostja kahjunõudele vastuväidet, et puuduste kõrvaldamise nõude asemel tuleks ostjal kasutada mõnda müüjat vähem koormavat õiguskaitsevahendit, nt alandada hinda. Kohus ega müüja ei saa teha ostjale etteheidet, millise õiguskaitsevahendi

Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 24, Rn 52; Kröll/Gotanda, art 74, Rn 18; Secretariat Commentary 1978 Draft, art 70, para. 6 ff; vt ka OGH CISG-online 643; Ferrari/Saenger, art 74, Rn 10; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 27; Bianca/Bonell/Knapp, Anm. 3.12; Honsell/Schöne/Koller, art 74, Rn. 13; Bamberger/Roth/Saenger, art 74, Rn. 5.

⁴⁴² VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 663–665; Sein (2007), ptk 5; sarnaselt CISG-s MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 27 ff.

⁴⁴³ Vrdl VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 663–665; sarnaselt CISG-s MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 27 ff.

⁴⁴⁴ Ostja õiguse kohta nõuda hinnavahe hüvitamist vt täpsemalt ptk 5.

⁴⁴⁵ Kui tekitatud kahju liik (iseloome) on ettenähtav, vastutab võlgnik kogu põhjustatud kahju eest, sõltumata kahju ulatusest, vt RKTko 3-2-1-124-11, p 16; VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 441–442; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 662–663; sarnaselt PICC Comm, 7.4.4, p 271–272; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 50; Honnold/Flechtner, art 74, Rn 406; StaudingerCISG/Magnus, art 74, Rn 34; MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 23. Nii on nt Riigikohus märkinud, et kui võlgnik kahjustas väärispuidust ust, on võlausaldajal õigus nõuda ka selle taastamise kulude hüvitamist ning kahjuhüvitis ei piirdu tavalisest materjalist ukse väärtuse hüvitamisega, vt RKTko 3-2-1-124-11, p 16. Arusaamatult ja teisiti RKTko 3-2-1-84-14 p-s 17, kus Riigikohus on leidnud, et ettenähtav peab olema ka kahju ulatus.

⁴⁴⁶ Vrdl ka VÕS Komm I/Sein, § 132, lk 468; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 701.

⁴⁴⁷ Vrdl ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477–478; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 135, lk 716–717; vt võrdlevalt CISG-i kohta nt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 8; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 11.

⁴⁴⁸ Vt CISG-i kontekstis MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 35; Kröll/Gotanda, art 74, Rn 10; StaudingerCISG/Magnus, art 74, Rn 41.

kasuks ta otsustab.⁴⁴⁹ Seda eelkõige põhjusel, et erinevatel õiguskaitsevahenditel on erinev eesmärk, mistõttu peab võlausaldaja olema oma valikutes vaba.⁴⁵⁰

Kokkuvõtvalt saab märkida, et müüja poolt kohustuste mittetäitmisel, osalisel täitmisel või mittekohasel täitmisel saab ostja nõuda ärajäänud soorituse väärtuse hüvitamist, samuti kohase ja mittekohase soorituse väärtuste vahe hüvitamist⁴⁵¹ või mittekohase täitmise puuduste kõrvaldamisele kantud kulude hüvitamist.⁴⁵² Ostja võib nõuda ka selliste lisakulude hüvitamist, mis talle on tekkinud seoses müüja kohustuste osalise või täieliku täitmise asemel sõlmitud asendustehingule. Ostjal on õigus nõuda nii parandamiskulude kui ka hinnavahe hüvitamist sõltumata sellest, kas ta tegelikkuses kavatseb puudused kõrvaldada või asendustehingu teha.⁴⁵³

Ostja õiguse osas nõuda muude kahjude hüvitamist tuleb lähtuda VÕS-i kahju hüvitamise regulatsiooni üldpõhimõtetest. See tähendab, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine ei piira võlausaldaja õigust nõuda rikkumisest põhjustatud saamata jäänud tulu hüvitamist, kui see on kooskõlas rikutud normi kaitse-eesmärgi (VÕS § 127 lg 2) ja saamata jäänud tulu hüvitamise põhimõtetega (VÕS § 128 lg 4).⁴⁵⁴ Kas saamata jäänud tulu näol on tegemist kahjuga täitmise kõrval või täitmise asemel, tuleb lahendada ptk-s 1.3.1 käsitletud kriteeriumide järgi.

2.5.3 Kahju kindlaksmääramise aeg

Kahju hüvitamise nõude esitamisega kaasnev eraldiseisev keskne küsimus on, **millise hetke seisuga** tuleb hüvitamisele kuuluv kahju kindlaks määrata. Seejuures tuleb eristada juba kantud kulutuste (kahju) ja tulevikus kantavate kulutuste (kahju) hüvitamise nõuet. Kui nõude ese on *juba kantud* kulutuste (nt asendustehingu või puuduste kõrvaldamise kulu) hüvitamine, siis reeglina kahjuhüvitise kindlaksmääramise ja selle ajahetke osas raskusi ei teki: hüvitamisele kuuluv kahju (kantud kulutused) on lõplik ja seega tekkinud kahju ulatus selge.⁴⁵⁵

⁴⁴⁹ Vt ka RKTko 3-2-1-100-15, p 24.

⁴⁵⁰ Vt kahju hüvitamise ja hinna alandamise eesmärgi võrdluse kohta Kalamees (2013), ptk 1.1 ja ptk 3.1. Lepingust taganemise ja kahju hüvitamise eesmärgi kohta vt ptk 4.4.3.

⁴⁵¹ Sarnaselt VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 442; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 21–23; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 27; Bianca/Bonell/Knapp, art 74, Anm. 3.12.; Honnold/Flechtner, art 74, Rn 405; Karollus, S. 156, 223; Schlechtriem (2007), S. 167; Witz/Salger/Lorenz/Witz, art 74, Rn 18; Ferrari/Saenger, art 74, Rn 10.

⁴⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 24, Rn 52; sarnaselt Kröll/Gotanda, art 74, Rn 18, samuti Secretariat Commentary 1978 Draft, art 70, para. 6; Ferrari/Saenger, art 74, Rn 10; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 27.

⁴⁵³ Vt ka ptk 2.5.3, samuti vrdl VÕS § 135 lg 2; vrdl ka Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 23; Schwenger/Hachem, S. 94 ff.

⁴⁵⁴ Vt RKTko 3-2-1-5-13, p 35–36; saamata jäänud tulu nõude kohta ka ptk 5.1.2.4; nõude tõendamiskoormise kohta vt RKTko 3-2-1-157-15, p 13–14; RKTko 3-2-1-55-11, p 12; RKTko 3-2-1-94-08, p 12; RKTko 3-2-1-60-09, p 14.

⁴⁵⁵ Vt ka RKTko RKTko 3-2-1-55-11, p 14; RKTko, 3-2-1-139-05, p 12; RKTko 3-2-1-124-11, p 16.

Näide: 2015. a kevadel ostab O M-lt külgorviga Jawa hinnaga 10 000 EUR. Varsti ilmneb, et tegemist on uppunud, kuid müügiks üles putitatud sõidukiga. Kahjustunud mootori vahetus maksab 5000 EUR. Kuna M keeldub vaatamata O nõudmistele puudusi kõrvaldamast, laseb O sõiduki Z-l remontida (kulu 5000 EUR). Nüüd esitab O M-le kahjunõude puuduste kõrvaldamise kulude kompenseerimiseks. O saab sõidurõõmu nautida juba juulist 2015, lõplik O kahjunõuet rahuldav kohtuotsus jõustub aga 2018. a jaanuaris.

Kirjeldatud näite puhul ei valmista kahju kindlaksmääramise hetk raskusi, kuna O nõuab juba kantud kulutuste (kahju) hüvitamist. Sarnaselt arvestatakse kahju ka Saksa õiguses. Nii märgitakse õiguskirjanduses, et kui võlausaldaja nõuab juba kantud kahjude hüvitamist (nt asendustehingu või puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist), tuleb kahjuhüvitist arvestada eseme taastamise või asendustehingu tegemise hetkest.⁴⁵⁶ Sama käib sellise saamata jäänud tulu hüvitamise nõude kohta, mis seisneb kindlal ajahetkel aset leidma pidanud tehingu ärajäämisest tingitud kahjus.⁴⁵⁷ Võttes arvesse, et aja jooksul kaotab raha väärtust, saab O arvestada hüvitiselt ka viivitusintresse alates nõude M-le esitamisest (VÕS § 113 lg 2).⁴⁵⁸

Oluliselt keerulisem on olukord juhul, kui O-l ei ole majanduslikult võimalik Z-lt puuduste kõrvaldamist tellida, mistõttu on ta esmalt sunnitud käima M-ga kohut ja alles kahju hüvitamisel saab pöörduda Z-i poole. Seejuures on mootori asendamise kulu 2015. a kevadsuvel (s.o müügieseme üleandmisel) 5000 EUR, 2018. a jaanuaris aga tulenevalt hinnatõusust 7000 EUR. Millises ulatuses saab O nõuda M-lt kahju hüvitamist? Riigikohus on leidnud, et võlausaldaja võib taotleda tulevikus kantavate puuduste (kahjustuste) kõrvaldamise või taassoetamise kulu (kahju) ka **kohtuotsuse tegemise aja seisuga**.⁴⁵⁹ Samuti on Riigikohus märkinud, et asja kahjustamise korral võidakse juhul, kui asi on korda tegemata, võtta VÕS § 132 lg 3 esimese lause järgi välja mõistetava hüvitise suuruse kindlakstegemisel arvesse ka asja kordategemise kulude suurust asja kahjustamisest hilisemal ajal.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Vt MüKo/Oetker, § 249, Rn 315; Palandt/Grüneberg, vor § 249, Rn. 127; AnwKom BGB/Magnus, vor §§ 249–255, Rn 176; Soergel/Mertens, vor § 249, Rn 50; Staudinger/Schiemann, vor § 249, Rn 83; MüKo/Ernst, § 281, Rn 176; vrld ka BeckOK/Schubert, § 249, Rn 166; BGHZ NJW 1951, 188.

⁴⁵⁷ BeckOK/Schubert, § 249, Rn 166; vt ka BGH WM 1974, 391.

⁴⁵⁸ Seadusjärgne viivitusintresside nõudeõigus alates 2015. a juulist kuni kohtuotsuse tegemiseni 2018. a jaanuaris konkreetsetes summas, sealt edasi kuni kohtuotsuse tegeliku täitmiseni TsMS § 367 järgi.

⁴⁵⁹ RKTko 3-2-1-101-09, p 15; RKTko 3-2-1-19-13, p 13; sarnaselt ka RKHko 3-3-1-27-04, p 25 ja RKHko 3-3-1-23-10, p 16; RKHko 3-3-1-33-02, p 13; RKHko 3-3-1-10-07, p 16; Saksa õiguses sarnaselt, vt Staudinger/Schiemann, vor § 249, Rn 79, 81 ff; MüKo/Oetker, § 249 Rn, 302 ff; tähelepanuväärne on RKHko lahend 3-3-1-23-10, kus Riigikohus on lubanud hüvitise suuruse juures lähtuda halduskohtu otsuse tegemise seisust olukorras, kus ringkonnakohtu otsuse tegemise ajaks oli kinnisasja, mille eest hüvitis maksmisele kuulus, turuväärtus langenud ca 50%. Riigikohus märkis seejuures järgmist (otsuse p 16): „Kuna ringkonnakohus leidis, et halduskohtu otsus oli selle tegemise ajal seaduslik ja põhjendatud, jättis ta apellatsioonkaebuse õigesti rahuldada ja halduskohtu otsuse muutmata.”

⁴⁶⁰ Vrld RKTko 3-2-1-169-10, p 16; RKTko 3-2-1-124-11, p 16; sarnaselt juba lahendis III-2/1-45/94.

Autori hinnangul tuleks tulevikus kandmisele kuuluva kahju (kulu) kindlaksmääramisel lähtuda viimase faktilisi asjaolusid tuvastava kohtu poolt otsuse tegemise ajast (Eestis reeglina ringkonnakohus). See tuleneb kaalut lusest, et kahjunõude eesmärk on tagada kahjustatud isikule reaalne võimalus välja mõistetud hüvitisega kahjustused kõrvaldada või soovitud asendustehing teha. See on võimalik üksnes juhul, kui hüvitis lähtub puuduse kõrvaldamise või asendustehingu turuhindadest kohtuotsuse tegemise seisuga. Teisisõnu: väljamõistetud hüvitis peab olema nii suur, et kannatanul oleks võimalik kahju *hüvitamise hetkel* soetada samaväärne asi või puudused kõrvaldada. Ka Riigikohus on märkinud, et uue samaväärse asja soetamise kulude kindlaksmääramisel tuleb lähtuda võimalikult kohtuotsuse tegemise aja seisust.⁴⁶¹ Ning määrav on viimase kohtuotsuse tegemise aeg,⁴⁶² mis võib üksikjuhtumil tähendada asja lahendavat teist (või isegi kolmandat) ringkonnakohtu otsust. Kuna turuhinnad võivad ajas oluliselt muutuda, siis peabõigussüsteem sellele adekvaatselt reageerima.

Kirjeldatud külgkorviga Jawa näite kontekstis tähendab see järgmist: kui O-le väljamõistetav kahjuhüvitis lähtuks 2015. a seisust (parandamiskulu 5000 EUR), ei saaks O kohtuotsuse jõustumisel 2018. a mootorratast tegelikult parandada (positiivne huvi jääb saavutamata). Seega ei täidaks 5000 EUR suurune hüvitis 2018. a seisuga oma eesmärki (VÕS § 127 lg 1). Vaatmata asjaolule, et viidatud Riigikohtu lahendites ei käsitleta kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet, tuleks autori hinnangul ka täitmist asendava kahju kindlaksmääramisel lähtuda sarnastest põhimõtetest. Seda põhjusel, et kahju hüvitamise eesmärk ei sõltu sellest, kas tegemist on deliktilise või lepingulise nõudega (vt VÕS § 127 lg 1). Tulemusele, et veel kandmata kulude hüvitamise korral tuleb lähtuda viimase faktilisi asjaolusid tuvastava kohtuotsuse tegemise aja seisust, on jõutud ka Saksa õiguskirjanduses,⁴⁶³ kus rõhutatakse, et materiaaõiguslikult on oluline, et kahjuhüvitis tagaks võlausaldajale tegeliku võimaluse rikutud õigused taastada.⁴⁶⁴

Eeltoodust tuleneb, et hüvitamisele kuuluva **kahju võib ajas muutuda** ja see on seotud kohtuotsuse tegemise ajaga. Nii tuleb vahepealse hinnatõusu korral võlgnikul tasuda suurem hüvitis, hindade langemisel saab võlgnik aga eelise ning vabaneb

⁴⁶¹ RKTko 3-2-1-19-13, p 13; vt ka RKHKo 3-3-1-23-10, p 16: „*Kui kahju hüvitamist taotlevale isikule, kelle kaebus jäi halduskohtus rahuldamata, nõude suurendamist kohtumenetluse käigus mitte võimaldada, siis ei ole olukorras, kus vastava vara hinnad on vahepeal tõusnud, võimalik kahju hüvitamise eesmärki saavutada*”; sarnaselt RKHKo 3-3-1-10-07, p 16.

⁴⁶² Nt võib asja mitmekordsel Riigikohtu lahendamisel esimese maakohtu otsuse ja viimase ringkonnakohtu otsuse tegemise aeg erineda aastates; vrdl kaasomandi jagamisel hüvitise osas RKTko 3-2-1-70-10, p 13; RKTko 3-2-1-15-06, p 15; RKTko 3-2-1-101-13, p 15–17 KOS § 8¹ lg 2 p-s järgse nõude puhul; ühisvara jagamisel sama põhimõte: vt RKTko 3-2-1-38-10, p 18; RKTko 3-2-1-141-09, p 15; vrdl BGB § 249 alusel Saksa õiguses Staudinger/Schiemann, vor zu § 249, Rn 79; MüKo/Oetker, § 249, Rn 317; Soergel/Mertens, Vor § 249, Rn 287, 289; Bamberger/Roth/Schubert, § 249, Rn 168; Palandt/Grüneberg, Vor § 249, Rn. 127; AnwKom BGB/Magnus, vor §§ 249–255, Rn 180; Jauernig/Teichmann, vor §§ 249–253, Rn 55.

⁴⁶³ BGB § 249 järgi Saksa õiguses vt Staudinger/Schiemann, vor zu § 249, Rn 79; MüKo/Oetker, § 249, Rn 317; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 3 f, Rn 39; Schwarze, § 25, Rn 16; Soergel/Mertens, Vor § 249, Rn 287, 289.

⁴⁶⁴ MüKo/Oetker, § 249, Rn 311.

vastavalt hüvitamise kohustusest.⁴⁶⁵ Kui kohtuotsuse tegemisel on ilmne, et hüvitise suurus muutub otsuse tegemise ja kohustuse *täitmise* vahelisel ajal, võib kohus seda otsuse tegemisel arvesse võtta (vrld TsMS § 233).⁴⁶⁶

Olukord peaks olema eelnevast oluliselt erinev juhul, kui võlgniku **kohustuse täitmine on muutunud võimatuks** või ei kuulu taastamisväärtus normi kaitse-eesmärgist tulenevalt hüvitamisele. Seda põhjusel, et sellisel juhul ei ole VÕS § 132 eesmärk – võimalus kahjuhüvitise arvel asi taassoetada või parandada – saavutatav.

Näide: 01.06.15 ostab O M-lt 50 000 EUR-ga Konrad Mägi maali „Veneetsia”. Enne müügieseme O-le üleandmist muutub täitmine võimatuks (nt maal hävineb või müüb M selle kolmandale isikule). Müügilepingu sõlmimisel on maali turuhind 75 000 EUR. Tulenevalt tehingu ärajäämisest on diferentsihüpoteesi järgi O kahju Kohtuotsuse jõustumise seisuga (01.06.18) on aga maali turuväärtus 50 000 EUR. Kas O nõue kuulub rahuldamisele?

Kui lähtuda sellest, et kahjuhüvitis tuleb välja mõista kohtuotsuse tegemise seisuga, tuleks O nõue jätta rahuldamata, kuna O-l ei ole kahju tekkinud: O oleks saanud ostuhinna 50 000 EUR tasumise vastu samaväärse müügieseme. Kuna hagi jääb rahuldamata, tuleb O-l kanda ka kõik M-i menetluskulud (TsMS § 162). Selline tulemus ei oleks mõistlik ega õiglane. Autori hinnangul tuleks täitmise võimatuse korral arvestada kahju selle tekkimise asja seisuga. Sarnasele tulemusele on jõutud ka Saksa õiguses.⁴⁶⁷

Kokkuvõtvalt saab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude arvestamisel lähtuda järgmistest põhimõtetest: *esiteks*, kui ostja nõuab juba kantud puuduse kõrvaldamise või asendustehingu kulude (kahju) hüvitamist, tuleb hüvitise arvestamisel lähtuda puuduste kõrvaldamisele või asendustehingu tegemisele kantud kuludest (kahjust). Kui kantud kulud on võrreldes turuhindadega ebamõistlikult kõrged, võib müüja tugineda VÕS §-le 139 ja esitada vastuväite, et kahju on osaliselt tekkinud ostjast endast tingituna. Kulude mõistlikkuse hindamisel tuleb lähtuda puuduste kõrvaldamise või asendustehingu kulude kandmise momendist. Vastasel juhul ei ole võrdlusbaasadekvaatne. *Teiseks*, kui võlausaldaja ei ole kulusid veel kandnud, tuleb hüvitise kindlaksmääramisel lähtuda viimase faktilisi asjaolusid tuvastava kohtuotsuse tegemise aja seisust. Üksnes sellisel juhul saab võlausaldaja kohtuotsusega välja mõistetud hüvitise arvelt ka reaalselt puudused kõrvaldada või asendustehingu teha. *Kolmandaks*, kui rikkumise kõrvaldamine on võimatu (nt individuaaltunnustega asja hävinemisel), tuleks hüvitise kindlaksmääramisel lähtuda kahju tekkimise hetkest (s.o kas asja hävinemise või täitmise muul põhjusel võimatuks muutumise ajast), mitte aga viimase kohtuotsuse tegemise ajast.

Kuigi eelnevalt analüüsiti üksnes kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet, saab autori hinnangul käsitletud põhimõtteid laiendada *mutatis mutandis* ka muudele kahjunõuetele. Seda põhjusel, et kahju hüvitamise eesmärk ja põhimõtted reeglina

⁴⁶⁵ MüKo/Oetker, § 249, Rn 311; Staudinger/Schiemann, vor § 249, Rn 81.

⁴⁶⁶ Vt selle kohta võrdlevalt Saksa õiguses MüKo/Oetker, § 249, Rn 317; Soergel/Mertens, vor § 249, Rn 287; AnwKom BGB/Magnus, vor §§ 249–255, Rn 180; Bamberger/Roth/Schubert, § 249, Rn 168.

⁴⁶⁷ Vt nt Staudinger/Schiemann, vor §249, Rn 84; BGH NJW 1984, 2570, 2572.

kattuvad. Kas ja millises ulatuses saab käsitletud laiendada täitmise kõrval tekkinud kahjunõuetele – eelkõige täitmisega viivitamisest tingitud erinevatele kahjudele –, sõltub üksikjuhtumi asjaoludest. Oluline on rõhutada, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine ei piira ühelgi viisil võlausaldaja õigust nõuda täitmise kõrval tekkinud kahjude hüvitamist: kehtib üldine totaals eparatsiooni põhimõte, mille järgi tuleb võlgnikul reeglina hüvitada võlausaldajale kõik rikkumisega põhjuslikus seoses olevad kahjud.⁴⁶⁸

2.6 Nõudeõigust välistavad asjaolud

2.6.1 Nõude maksmapaneku tähtaeg ja VÕS § 118 lg 1 kohaldatavus

Seadus ei näe kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule ette üldist õigust lõpetavat tähtaega, mistõttu on nõude maksmapanek piiratud üksnes aegumise regulatsiooniga.⁴⁶⁹ Selles osas on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja õigus lepingust taganeda põhimõtteliselt erinevalt reguleeritud.⁴⁷⁰ Õiguskirjanduses on aga leitud, et analoogia korras tuleks VÕS § 118 sätestatud taganemisõigust lõpetavat tähtaega kohaldada ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele, kuna vastasel juhul võiks võlausaldaja lepingust taganemisega samaväärse tulemuse saavutada ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise teel, mis aga tekitaks lepingulistes suhetes ebakindlust.⁴⁷¹ Autori hinnangul on selline tõlgendus ebaõige ega vasta kehtivale regulatsioonile. Sellise tõlgenduse vastu räägivad järgmised argumendid.

Esiteks, seaduses puudub normistik, millest tuletada selline kahju hüvitamise täitmise asemel nõude oluline piirang. Niivõrd ulatusliku ja põhimõttelise piirangu lihtsalt „juurde tõlgendamine” ei tohiks aga olla lubatud, kujutades legislatiivtegevust. VÕS § 118 analoogia korras kohaldamise võimalikkusest saaks rääkida üksnes juhul, kui selleks esineksid ülekaalukad tõlgenduslikud argumendid ja regulatsiooni plaaniväline lünk.⁴⁷² Selleks aga peaks eksisteerima seadusandja tahe õiguskaitsevahendeid sarnaselt reguleerida. Üksnes põhjendus, et selline tõlgendus on *mõistlik*, ei ole piisav. Eelnev viib ühtlasi keskse argumendini, miks VÕS § 118 kohaldamine analoogia korras ei ole võimalik – lepingust taganemise ja kahju hüvitamise õiguskaitsevahenditel on põhimõtteliselt erinev eesmärk ja funktsioon.⁴⁷³ Samuti on eri-

⁴⁶⁸ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 438; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 656–657; Kull/Käerdi/Kõve, lk 280; küll tuleb aga ka selliste nõuete puhul arvestada VÕS § 127 lg 2 ja 3 piirangutega.

⁴⁶⁹ Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise kohta vt ptk 2.6.5 ja ptk 3.2.6; mittekohase täitmise korral lepingutingimustele mittevastavusele tuginemise osas vt ptk 3.2.2.2; sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 395; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 599.

⁴⁷⁰ Vt ka ptk 4.4.3.3.5.

⁴⁷¹ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 397; teisiti aga VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 603–604, kus Kõve märgib, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele § 118 kohaldamine analoogia korras ei tohiks siiski kõne alla tulla.

⁴⁷² Vt õiguse analoogia võimalikkuse kohta põhjalikult Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 370–403; Würdinger, S. 946 ff.

⁴⁷³ Vt täpsemalt ptk 4.4.3.1 ja 4.4.3.2; vrdl Saksa õiguses nt Weiss, S. 3393 ff.

nevad õiguskaitsevahendite maksmapaneku eeldused ja tagajärjed.⁴⁷⁴ Kokkuvõtvalt: kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele taganemise sätete kohaldamine on küll intellektuaalselt väljakutsuv, kuid sisult ebaõige.

Teiseks, VÕS § 118 kohaldamine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele tooks kaasa soovimatud tagajärjed ning sellega kaasneks lõppastmes võlausaldaja õiguste ebamõistlik piiramine.

Näide 1: O ostab M-lt kinnisasja väärtusega 100 000 EUR. Mõne aja pärast ilmneb, et kinnistul on keskkonnakahjustus, mida M oli O eest varjanud. Kahjustuse kõrvaldamine maksab 20 000 EUR, kinnisasja turuväärtus on kahjustuse tõttu 10 000 EUR madalam. Kuna O on algusest peale soovinud hakata kinnistul kultuurmustikaid viljelema, siis on kahjustuse kõrvaldamine tema jaoks määrava tähendusega. O ei tee mõistliku aja jooksul olulisest puudusest teadasaamisest taganemisavaldust (VÕS § 118 lg 1), samuti ei vastaks see O huvidele. O soovib keskkonnakahjustuse kõrvaldada ja avada mustikakasvanduse.

Kirjeldatud näite puhul ei vasta hinna alandamine O huvidele, kuna see ei kõrvalda keskkonnakahjustust ega võimalda tal mustikaid kasvatada. Kuna õigus lepingust taganeda on tähtaja möödumise tõttu lõppenud (samuti puudub tal selle vastu huvi), jätab O kinnisasja endale ja soovib vabaneda reostusest. Sellise tulemuse saab O saavutada üksnes kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise kaudu, s.o nõudes M-lt puuduse kõrvaldamiseks kantud (või tulevikus kandmisele kuuluvate) kulude hüvitamist (VÕS § 115 lg 2, § 222 lg 5). Kui O ei ole nüüd puudustest teavitamisega samaaegselt nõudnud M-lt lepingu täitmist, kaotab O VÕS § 222 lg-st 6 tulenevalt ka täitmishüvite ja VÕS § 222 lg-st 5 tuleneva õiguse nõuda kulutuste hüvitamist. O ainuke võimalus oma õigusi maksuma panna on nõuda M-lt kahju hüvitamist täitmise asemel (puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist). Kui kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele laieneks VÕS § 118 lg 1 järgne piirang, oleks tulemuseks et O-l sisuliselt puudub võimalus saavutada täitmishuvi. See ei oleks aga kooskõlas seaduse mõttega, kuivõrd puuduste kõrvaldamise kulude nõude näol on tegemist kõige kesksema ostjale tekkinud kahjuga. Nõude välistamine tähendaks kahju hüvitamise eesmärgist loobumist ning saaks tulla kõne alla üksnes äärmiselt erandlikel asjaoludel.

Näide 2: O ostab M-lt kuulsa kunstniku maali, tasudes selle eest ettemaksuna 250 000 EUR. Kuna M on saanud O2-lt soodsama pakkumise, müüb ta maali viimasele 350 000 EUR eest. O (mis tahes põhjusel) õigeaegselt lepingust ei tagane, kaotades lepingust taganemise õiguse VÕS § 118 lg 1 järgi. Kuna maali tegelik väärtus on 350 000 EUR, tahab O nõuda M-lt maali asemel selle turuväärtuse hüvitamist, minimaalselt aga ettemaksuna tasutud raha tagastamist.

Kuna O õigus lepingust taganeda on lõppenud, puudub tal võimalus makstud raha tagasi saada. O ei saa hinda alandada, kuna see laieneb üksnes mittekohase täitmise juhtudele. Täitmishüvite on lõppenud seoses täitmise võimatusega (VÕS § 108 lg 2 p 1). O ei saa ka kasutada kinnipidamisõigust ja nõuda viivitusintresside tasumist. Kui asuda seisukohale, et O on VÕS § 118 kohaldamise tulemusena kaotanud ka õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (müügieseme väärtuse, asendustehingu lisakulude või hinnavahe hüvitamist), oleks tulemuseks, et O-l puuduvad täielikult võima-

⁴⁷⁴ Vt ptk 4.4.3.3 ja ptk 4.4.3.5.

lused oma õiguste kaitseks: O jääks ilma nii juba tasutud ostuhinnast (250 000 EUR) kui ka lepingust oodatud kasust summas 100 000 EUR (ostuhinna ja turuhinna vahe). Selline tulemus ei oleks aga kooskõlas seaduse mõtte ja eesmärgiga. Viidatud näide kinnitab ilmekalt, et VÕS § 118 regulatsiooni kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele kohaldamist ei saa pidada õigeks.

Kolmas keskne argument on, et sellist kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet piiravat tähtaega ei näe ette ka VÕS § 115 regulatsiooni otseseks eeskujuks olnud BGB §-d 280–281, samuti ei tulene sellist piirangut muudest BGB sätetest. BGB kirjanduses märgitakse ühemõtteliselt, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, sh kogu täitmise asemel, kogu nõude aegumise perioodil.⁴⁷⁵

Neljanda argumendina tuleb märkida, et VÕS § 118 kohaldamine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele oleks vastuolus Riigikohtu praktikaga. Nii on Riigikohus töövõtulepingu mittekohase täitmise üle peetud vaidluses märkinud järgmist: „*Kolleegium selgitab, et juhul, kui töö on puudusega, kuid tellijal ei ole õigust töövõtulepingust taganeda, võib ta siiski nõuda töövõtjalt kahju hüvitamist VÕS § 115 lg-te 2 ja 3 järgi. See tähendab, et tellija võib juhul, kui ta on järginud VÕS § 115 lg-tes 2 ja 3 sätestatud, nõuda töövõtjalt kahjuhüvitistena töö lepingutingimustele vastavusse viimiseks kantud või kanda tulevaid kulutusi ka siis, kui ta on VÕS § 118 lg 1 järgi kaotanud õiguse lepingust taganeda.*”⁴⁷⁶ Kuna seadus ei erista nõude maksmapaneku tähtaja osas, kas tegemist on kahju hüvitamise nõudega kogu täitmise asemel või üksnes piiratud, saab regulatsiooni ühetaolise tõlgendamise põhimõttest tulenevalt järeldada, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele VÕS § 118 ei laiene. Teistsugune tõlgendus, s.o olukord, kus müüja vastutus mittekohase täitmise eest oleks rangem kui kohustuste täielikul täitmata jätmisel (vrld viidatud lahend), ei oleks mõistlik ega loogiline. Kohustused täielikult täitmata jätnud võlgnikul ei saa tekkida õigustatud ootust, et ta vabaneb vastutusest.

Teoreetiliselt võiks kõne alla tulla üksnes, kas VÕS § 118 lg 1 võiks kohalduda olukorras, kus võlgnik on teinud mittekohase soorituse ja võlausaldaja soovib nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Kuid ka siin tõusetuvad eelnevalt käsitletud vastuargumendid. Seega saab väita, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele VÕS § 118 lg 1 sätestatud õigust lõpetava tähtaja laiendamine analoogia korras ei tule kõne alla. Seda sõltumata sellest, kas ostja nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratud. Samuti ei oma tähendust, kas müüja rikkumine seisneb mittetäitmisel, osalises täitmisel või mittekohases (puudusega) täitmisel.

2.6.2 Heastamine

Reeglina võib ostja (võlausaldaja) nõuda müüjalt (võlgnikult) kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1).⁴⁷⁷ Sellisel tagab seadus täiendava tähtaja regulatsiooni kaudu müüjale (võlgnikule) täiendava võimaluse kõrvaldada rikkumine oma

⁴⁷⁵ Vt selle kohta põhjalikult MüKo/Ernst, § 281, Rn 97 ff.

⁴⁷⁶ RKTKo 3-2-1-126-13, p 13, samuti RKTKo 3-2-1-145-14, p 27.

⁴⁷⁷ Vt ptk 2.2 ja 2.3.

vahenditest ja teenida välja kogu ostuhind (vastusooritus).⁴⁷⁸ Täiendava tähtaja instituudi kõrval sätestab VÕS § 107 veel ka heastamise regulatsiooni, mille eesmärk on samuti võimaldada võlgnikule kõrvaldada rikkumine oma vahenditest ning blokeerida ajutiselt võlausaldaja jaoks täitmist lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamine.⁴⁷⁹ Kaitstes võlgniku õigust rikkumine oma vahenditest kõrvaldada, dubleerib heastamise regulatsioon täiendava tähtaja instituudiga silmas peetud võlgniku kaitsmise eesmärki. Seega eksisteerib Eesti õiguses paralleelselt nii võlgniku (müüja) õigus rikkumine heastada kui ka võlausaldaja (ostja) kohustus määrata võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg.

Märkimisväärne on, et ükski VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni välja-töötamise eeskujuks olnud regulatsioonidest (CISG, PECL, PICC ja BGB) **ei näe ette lahendust**, kus täiendava tähtaja ja heastamise instituut eksisteerivad paralleelselt, olles samale eesmärgile suunatud. VÕS-i lahendus täiendava tähtaja ja heastamise regulatsiooni paralleelsest kehtivusest on äärmiselt küsitav, tekitades pigem segadust. Regulatsioon on seda küsitavam, et VÕS § 223 järgi võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja lepingust taganeda ka müüjale *täiendavat tähtaega määramata*.⁴⁸⁰

Võrdlevõiguslikult tuleb märkida, et BGB, millel VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon põhineb, heastamise instituuti ette ei näe ning võlgniku huvide kaitse saavutatakse täiendava tähtaja regulatsiooni kaudu.⁴⁸¹ See tähendab, et võlgniku õigus kõrvaldada rikkumine oma vahenditest saavutatakse läbi võlausaldaja poolt võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja määramise kohustuse.⁴⁸²

Teiselt poolt regulatsioonid, mis sisaldavad heastamise instituuti (CISG, PECL, PICC), ei omista täiendavale tähtajale VÕS-s ja BGB-s ette nähtud funktsioone.⁴⁸³ Seega on autori hinnangul äärmiselt küsitav, kas VÕS-i lahendus täiendava tähtaja ja heastamise instituudi paralleelselt eksisteerimisest on tegelikkuses vajalik ja õigustatud.⁴⁸⁴ Kõik võlgniku huvide kaitsmisega silmas peetud kesksed eesmärgid on saavutatavad kas ühe või teise instituudi kaudu.

Müüja heastamisõiguse sisu ja kasutamise tingimuste juures on oluline, et heastamisõiguse realiseerumiseks peavad olema täidetud nii formaalsed kui materiaalsed tingimused. Olulisim *formaalne tingimus* on, et õigus heastada tekib müüjal üksnes juhul, kui ostja ei ole heastamise pakkumise ajaks lepingust taganenud ega

⁴⁷⁸ Vt täiendava tähtaja instituudi eesmärkide kohta ptk 1.2.

⁴⁷⁹ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 107, lk 341; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 502; vt heastamise regulatsiooni eesmärgi kohta ka Pavelts/Sein, p 149 ff; Sein (2013), S. 17–18. Täiendava tähtaja ja heastamisõiguse võrdluse osas vt Höffmann, § 4, § 6 II, III, samuti Schroeter, S. 28 ff; heastamise eesmärgi kohta CISG-s põhjalikult Schneider, p 69–103, samuti Schlechtriem/Schwenzer/Müller-CHen, art 48, Rn 1–2; heastamisest võrdlevõiguslikult Sivesand, p 106 ff.

⁴⁸⁰ Vt ptk 3.2.3. Sarnase õiguse näeb tellijale ette ka VÕS § 647.

⁴⁸¹ Vt ptk 1.2.

⁴⁸² Ka VÕS-i täiendava tähtaja instituudi aluseks olev BGB ei tunne heastamise regulatsiooni. Heastamisega silmas peetud eesmärgid saavutatakse täiendava tähtaja andmise kohustuse kaudu, vt Höffmann, S. 16 ff.

⁴⁸³ CISG-s, PECL-s ja PICC-s on täiendava tähtaja ülesanne eelkõige anda ostjale õigus lepingust taganeda, kui müüja ei kõrvalda kohustuste mittetäitmisest seisnevat rikkumist ka täiendava tähtaja jooksul, vrdl CISG art 47 ja art 49, PECL art 8:106 ja PICC art 7.1.5.

⁴⁸⁴ Vt ka Pavelts/Sein, p 150; vrdl Sein (2013), S. 17 ff.

nõudnud kahju hüvitamist täitmise asemel. Kuna sellisel juhul on täitmissuhe vastavas osas lõppenud, puudub müüjal ka õigus täitmist (heastamist) pakkuda.⁴⁸⁵ Teine heastamisõiguse tekkimise keskne tingimus on, et müüjal tuleb ostjat heastamise soovist *teavitada* (VÕS § 107 lg 2). Vastasel juhul heastamise õigust ei teki ja müüjale heastamisega seotud kaitset ei kaasne. Reeglina peab võlgnik (müüja) teavitama võlausaldajat (ostjat) heastamise soovist viivitamata pärast kohustuse rikkumisest teada saamist ning esitama ühes heastamise avaldusega piisavalt täpse kirjelduse, kuidas ta plaanib rikkumise kõrvaldada. Vastasel juhul ei ole võlausaldajal võimalik otsustada heastamisest keeldumise õiguse üle.⁴⁸⁶

Müüja õigus rikkumine heastada, s.o kõrvaldada mittetäitmine, osaline täitmine või mittekohane täitmine oma vahenditest, eksisteerib üksnes juhul, kui on täidetud ka VÕS §-s 107 lg 2 sätestatud heastamise *materiaalsed eeldused*. Mitte igasuguse kohustuste täitmise pakkumisega ei kaasne müüjale heastamise õigust. Õigus heastada on müüjal juhul, kui see on vastavalt asjaoludele mõistlik, sellega ei põhjustata müüjale põhjendamatuid ebamugavusi ega kulutusi ja ostjal puudub õigustatud huvi heastamisest keelduda (VÕS §-s 107 lg 2 p 1–3).⁴⁸⁷ Samuti tekib müüjal heastamise õigus juhul, kui ostja, *kellel on küll õigus heastamisest keelduda* – s.o kui ei ole täidetud VÕS § 107 lg 2 p 3 sätestatud heastamise tingimus ja müüja õigus heastada tegelikkuses puudub –, ei teavita müüjat heastamisest keeldumisest mõistliku aja jooksul heastamise pakkumise saamisest.⁴⁸⁸

Küsitav on, kas müüja, kes on pakkunud heastamist VÕS § 107 lg 2 p 1 ja 2 nõudeid rikkudes või pakub heastamist hilinenult, saab heastamisega kaasneva kaitse, kui ostja ei teavita müüjat heastamisest keeldumise kohta mõistliku aja jooksul heastamise pakkumise saamisest (vrdl eelmine lõik). Autori hinnangul tuleks siin asuda seisukohale, et kui heastamise pakkumine ei vasta müüjale teada olevatest asjaoludest tulenevalt VÕS § 107 lg 2 p-de 1 ja 2 tingimustele või on heastamise pakutud viis ja tingimused ebamõistlikud, ei peaks müüja saama heastamisega kaasnevat kaitset ka juhul, kui ostja heastamisest keeldumisest müüjat õigeaegselt ei teavita. Sellisel juhul ei vääri müüja heastamisega kaasnevat kaitset ega peaks hiljem saama heastamise pakkumisele tuginevalt vaidlustada ostja poolt täitmissuhet lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamist.

Kui müüjal on VÕS § 107 lg-st 1 või 2 tulenevalt õigus kohustuse rikkumine heastada, ei või ostja heastamise perioodil – mõistliku aja jooksul heastamise teatest saamisest – kasutada heastamisõigusega vastuolus olevaid õiguskaitsevahendeid. Teisisõnu, võlausaldaja (ostja) ei saa heastamise perioodil kasutada täitmissuhet

⁴⁸⁵ Erandiks on siin ostja poolt hinna alandamine, mille korral müüja õigus heastada ei lõpe. Vt selle kohta Sein (2012), lk 720–722; Kalamees (2013), lk 709 jj; erinevalt nt PICC art 7.1.4 lg 2, kus võlgniku õigust heastada ei piira asjaolu, et võlausaldaja on eelnevalt lepingust taganenud. Vt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise ja lepingust taganemise tulemusena täitmisnõude lõppemise kohta ptk 4.2 ja ptk 4.4.3.2 ning 4.4.3.5.

⁴⁸⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 107, lk 343; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 505.

⁴⁸⁷ Vt VÕS § 107 lg 1 p 1–3 kohta täpsemalt VÕS Komm I/Kõve, § 107, lk 342–343; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 503–505.

⁴⁸⁸ Vrdl ka CISG art 48 lg 2, selle kohta vt Achilles, art 48, Rn 9; StaudingerCISG/Magnus, art 48, Rn 42.

lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, nagu taganeda lepingust, nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või alandada hinda.⁴⁸⁹ Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel taastub heastamisõiguse lõppemisel või heastamise ebaõnnestumisel (VÕS § 107 lg 3). Sellisel juhul võib ostja valida, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratud.⁴⁹⁰ Kogu täitmise asemel kahjunõude esitamisel tuleb ostjal tagastada müüjale viimase poolt üleantud (VÕS § 115 lg 4 ls 2).⁴⁹¹ Kui müüja täiendava tähtaja jooksul rikkumised kõrvaldab, lõpeb ostja õigus kasutada tähtsuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, sh nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel: sellisel juhul on võlgnik rikkumise kõrvaldanud ja alus õiguskaitsevahendi kasutamiseks reeglina puudub. Ostja õigust nõuda sellise kahju hüvitamist, mille tekkimist müüja heastamine ei suutnud ära hoida või ei kõrvaldanud (eelkõige viivituskahjus seisnev kahju täitmise kõrval), müüja heastamine ei lõpeta (vrld ka VÕS § 107 lg 4).

Õiguskirjandusest ja kohtupraktikast ei nähtu selget vastust küsimusele, milline on **täiendava tähtaja ja heastamise omavaheline suhe**. VÕS-i kommentaarides märgitakse, et müüja poolt heastamise pakkumine võib ajaliselts kattuda ostja antud täiendava tähtajaga.⁴⁹² Küsitav on, kas müüja saab heastamise pakkumisega välistada ostja täiendava tähtaja määramise õiguse. Sellist tõlgendust ei saa autori hinnangul pidada õigeks, kuna sellise juhul saaks müüja heastamise pakkumisega ostjaga manipuleerida ja lükata heastamise perioodi võrra edasi ostja õigus määrata täiendav tähtaeg. Ostja jaoks tähendaks see aga, et tema õigus minna täitmisenõudelt üle kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele või lepingust taganeda pikeneb mitte üksnes täiendava tähtaja, vaid ka heastamise perioodi võrra. Võttes arvesse, et nii täiendava tähtaja kui ka heastamisõiguse eesmärk suuresti kattuvad, ei peaks müüja saama heastamise pakkumisega kunstlikult pikendada rikkumise oma vahenditest kõrvaldamise perioodi. Müüja ei tohiks saavutada tulemust, et talle on tagatud topeltperiood rikkumiste kõrvaldamiseks (heastamise + täiendava tähtaja periood). Heastamise perioodil täiendava tähtaja määramine ei riku võlgniku õigusi, kuna heastamisega on talle tagatud n-ö viimane võimalus rikkumised oma vahenditest kõrvaldada. Seda enam, et heastamise ja täiendava tähtaja periood ei tohiks oluliselt erineda. Kokkuvõtvalt, müüja heastamise pakkumine ei tohiks välistada ostja õigust määrata müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg. Küll aga ei või ostja lepingust taganeda ega nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel enne, kui on möödunud nii heastamise kui täiendava tähtaja toime (vrld VÕS § 107 lg 3, VÕS § 114 lg 4).

Küsitav on, kas olukorras, kus müüja ei ole heastamise perioodil rikkumist kõrvaldanud, tuleb täiendavat tähtaega eelnevalt mitte määratud ostjal anda müüjale veel kord täiendav tähtaeg (VÕS § 114). Autori hinnangul tuleks üldjuhul sellist täiendava tähtaja määramise kohustust eitada.⁴⁹³ Kuna heastamise ebaõnnestumine

⁴⁸⁹ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 107, lk 344; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 506–507.

⁴⁹⁰ Vrdl ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2.

⁴⁹¹ Vt ostja tagastamiskohustuse kohta täpsemalt ptk 4.5.

⁴⁹² VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 390; mõnevõrra teisiti VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 589, kus märgitakse, et heastamise ebaõnnestumine võib anda aluse lugeda lepingurikkumine oluliseks ja leping lõpetada. Vrdl VÕS § 223 ja § 647.

⁴⁹³ Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 507.

annab ostjale mõistliku põhjuse eeldada, et müüja ei täida kohustust ka edaspidi, võib ostja VÕS § 115 lg 3 ja § 116 lg 2 p 4 järgi nõuda koheselt kahju hüvitamist täitmise asemel (samuti lepingust taganeda).⁴⁹⁴ Kui müüja rikkumine seisneb asja lepingutin-gimustele mittevastavuses, on ostjale selline õigus tagatud tulenevalt VÕS §-st 223 (koosmõjus VÕS § 116 lg 2 p-ga 4 ja § 115 lg-ga 3).⁴⁹⁵

Lõpetuseks tuleb märkida, et Riigikohtu praktika heastamise ja täiendava täht-aja instituudi omavahelisest suhtest on ebaselge ja vastuoluline, kuid senini on see puudutanud eelkõige õigust lepingust taganeda.⁴⁹⁶ Vastuoluline Riigikohtu praktika üksnes kinnitab, et heastamise ja täiendava tähtaja instituudi omavaheline suhe on komplitseeritud ja nende paralleelse eksisteerimise vajalikkus äärmiselt küsita.

2.6.3 Muu õiguskaitsevahendi kasutamine

Üheks ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekut välistavaks asjaoluks võib osutada ostja poolt mõne sellise õiguskaitsevahendi kasutamine, mis välistab edaspidi kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude konkurentsi täitmisnõude ja lepingust taganemise õigusega käsitletakse eraldiseisvalt,⁴⁹⁷ keskendub alljärgnev analüüs sellele, milline on ostja poolt mõne muu õiguskaitsevahendi maksmapaneku tähendus ostja õigusele nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Kuna õigus nõuda viivist laieneb üksnes rahalise kohustuse täitmisega viivitamisele, siis ei ole viivisenõude näol tegemist sellise õiguskaitsevahendiga. Seetõttu analüüsitakse järgnevalt üksnes ostja poolt kohustuste täitmisest keeldumise õiguse (nn kinnipidamisõiguse) ning hinna alanda-mise õiguskaitsevahendi kasutamist.

Kuna õigus keelduda oma võlgnetava kohustuse täitmisest (nt ostuhinna tasu-misest) VÕS § 110 ja § 111 järgi on üksnes ajutise iseloomuga õiguskaitsevahend, mis maandab võlausaldaja (ostja) jaoks vastusoorituse saamisega seotud riske ning sunnib võlgnikku (müüjat) täitma võlgnetavat kohustust,⁴⁹⁸ siis ei piira kinnipidamisõiguse kasutamine ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Kinnipidamisõiguse kasutamine ei muuda pooltevahelist kohustuste programmi ega lõpeta võlasuhet (müügilepingut) ja tegemist on üksnes täitmist edasi lükkava ajutise iseloomuga vastuväitega.⁴⁹⁹

Hinna alandamise ja kahju hüvitamise nõude konkurentsi osas märgitakse õigus-kirjanduses, et kahjunõue *täitmise kõrval* ei konkureeri hinna alandamisega ning võlausaldaja võib õiguskaitsevahendeid edukalt kombineerida ja ka samaaegselt kasutada.⁵⁰⁰ Sellise väitega tuleb nõustuda, kuna kahju hüvitamise täitmise kõrval

⁴⁹⁴ Vrdl ka RKTko 3-2-1-145-14, p 25.

⁴⁹⁵ Vt ka ptk 3.2.3.

⁴⁹⁶ Vt RKTko 3-2-1-11-10, p 11; Pavelts/Sein, p 155–156.

⁴⁹⁷ Vt ptk 4.2, 4.3 ja ptk 4.7.

⁴⁹⁸ Vt ka RKTko 3-2-1-42-12, p 11; RKTko 3-2-1-80-08, p 21, 33.

⁴⁹⁹ RKTko 3-2-1-42-12, p 11; RKTko 3-2-1-80-08, p 33.

⁵⁰⁰ Kalamees (2013), lk 123–127.

nõude ja hinna alandamise ese ja eesmärk on erinevad.⁵⁰¹ Hinna alandamise ja kahju hüvitamise *täitmise asemel* nõude konkurentsi osas on Riigikohus märkinud, et samadele puudustele tuginedes *sama tagajärje kõrvaldamiseks* ei saa ostja üheaegselt alandada hinda ja nõuda kahju hüvitamist.⁵⁰² Ka selle väitega saab põhimõtteliselt nõustuda – kuna mõlema õiguskaitsevahendi eesmärk on kõrvaldada müüja sooritusdefitsiit ning õiguskaitsevahendite kasutamisega kaasneb vastavas ulatuses täitmisenõude lõppemine, siis ei ole hinna alandamisel ja/või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel teise samale eesmärgile suunatud õiguskaitsevahendi kasutamine enam võimalik.⁵⁰³ Küll aga ei ole kodumaises õiguskirjanduses ega kohtupraktikas leidnud piisavat analüüsi küsimus ostja (võlausaldaja) õigusest muuta hinna alandamise avalduse tegemise järgselt õiguskaitsevahendit ja minna üle kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele. Teisisõnu – ostja poolt hinna alandamise õiguse kasutamine välistab ostja õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui hinna alandamisel on selline lõplik toime, mis välistab edaspidi mõne muu õiguskaitsevahendi kasuks otsustamise.

Vastus sellele küsimusele on vahetult seotud kujundusõiguse teostamise tagasivõetavuse ning hinna alandamisega kaasnevate õiguslike tagajärgede lõplikkusega.⁵⁰⁴ Autori hinnangul on kujundusõiguse tagasivõtmatus põhimõttesse klammerdumisel tegemist **ebamõistliku dogmaga**, millel enamikul juhtudel puudub suurem sisuline õigustatus.⁵⁰⁵ Müüja, kes eitab kohustuste rikkumist ja vaidleb hinna alandamise õiguspärasusele vastu, ei vääri kujundusõiguse teostamisega seotud kaitset ja tema poolt hiljem hinna alandamisele tuginemist tuleks käsitleda vastuolulise käitumisena ning seega hea usu põhimõtte rikkumisena. Teisisõnu, müüja väärrib hinna alandamiselt kahjunõudele ülemineku eest kaitset üksnes juhul, kui tal on tekkinud hinna alandamise tulemusena ümberkujundatud võlasuhte kestma jäämise osas kaitset vääriv huvi. Müüja, kellel sellist erilist huvi ei eksisteeri, reeglina kaitset ka ei vääri ja sellisel juhul ei tohiks hinna alandamiselt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele ülemineku olla piiratud.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Hinna alandamise ja kahju hüvitamise erinevate eesmärkide kohta vt Kalamees (2013), ptk 1.1, ptk 4.3.1.

⁵⁰² RKTKo 3-2-1-100-15, p 24; sarnaselt Kalamees (2013), lk 124–126.

⁵⁰³ Vt ka Kalamees (2013), lk 124 jj. Vt ka ptk 4.7, kus analüüsitakse ostjale *ius variandi*’st tulenevat õigust kasutatud õiguskaitsevahendit vahetada. Põhimõtteliselt tõusetub sarnane küsimus õigusest vahetada valitud õiguskaitsevahendit ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja hinna alandamise konkurentsis.

⁵⁰⁴ Vt hinna alandamise avalduse tagasivõtmatus kohta TsÜS Komm/Varul, § 73, lk 234; Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 96; Kalamees (2013), lk 126–127; Saksa õiguses vt Lögering, S. 667.

⁵⁰⁵ Vt selle kohta täpsemalt ptk 4.7, samuti nt Saksa õiguses Gsell (2004), S. 643 ff, S. 647.

⁵⁰⁶ Vt kaitset vääriva huvi näidete kohta ptk 4.7.2 ja ptk 4.7.3. Müüjal kaitset vääriva huvi tekkimisest saab reeglina rääkida üksnes juhul, kui müüja on sellest tulenevalt asunud oma käitumist kujundama (nt on müüja tagastanud ostjale osaliselt ostuhinna VÕS § 112 lg 3 järgi). Kui sellised asjaolud puuduvad, siis reeglina ei eksisteeri ka võlgniku (müüja) kaitset väärivat huvi.

2.6.4 Õiguste kuritarvitamise keeld

Üheks ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekut välistavaks asjaoluks võib olla ostja poolt nõude esitamise teel oma õiguste kuritarvitamine.⁵⁰⁷ Tulenevalt hea usu põhimõttest kehtib üldine keeld õigusi kuritarvitada.⁵⁰⁸ Õiguste kuritarvitamiseks saab reeglina lugeda sellist olukorda, kus ostja (võlausaldaja) kasutab talle seadusega tagatud õigust ebaausatel ja ebasiirastel eesmärkidel olukorras, kus nõude maksmapaneku eeldused on täidetud.⁵⁰⁹ Selliselt räägitakse õiguskirjanduses õiguste teostamise sisemisest kehtivuspiirist, mille ületamist ei saa õiguskord aktsepteerida ning mille esinemisel puuduvad võlausaldajal (ostjal) kaitsmist väärivad õigused, s.o õiguste kaitse peab olema kooskõlas üldiste eraõiguse põhimõtetega.⁵¹⁰ Õiguste kuritarvitamise keeld tuleneb VÕS § 6 lg 2 ja TsÜS § 138 lg 2 koosmõjust.⁵¹¹

Õiguste kuritarvitamiseks saab lugeda eelkõige sellist ostja (võlausaldaja) poolt õiguskaitsevahendite maksmapanekut, mille eesmärk on müüjale (võlgnikule) kahju tekitamine (TsÜS § 138 lg 2).⁵¹² Riigikohus on õiguste kuritarvitamisena määratlenud igasuguse õiguste teostamise, mis on vastuolus hea usu põhimõttega.⁵¹³ Hea usu põhimõtet rikub käitumine, mis on vastuoluline, mille eesmärk on teisele poolele kahju tekitamine või võlausaldaja poolt õiguste kuritarvitamine.⁵¹⁴ Samuti võivad võlausaldajal puududa kaitsmisväärased huvid, kui õiguskaitsevahendi kasutamine on ebaproportsionaalne.⁵¹⁵ Õiguste kuritarvitamise tagajärg on, et kohus ei kohalda konkreetsel halvas usus käitumise juhtumil seadusest või lepingust tulenevat.⁵¹⁶ Sisuliselt tähendab see, et sellisel juhul on ostja (võlausaldaja) poolt õiguskaitsevahendi maksmapanek tagajärjetu.

Eelnev ei tähenda, et igasugusel ostja (võlausaldaja) poolt talle seaduse või lepinguga tagatud õiguse kasutamisel saaks rääkida õiguste kuritarvitamisest. Vastupidi, ostja (võlausaldaja) poolt nõude maksmapaneku õiguste kuritarvitamiseks lugemine ja seeläbi talle seadusest või lepingust tulenevate õiguste keelamine saab tulla kõne

⁵⁰⁷ Vt õiguste kuritarvitamise keelu kohta põhjalikult Kull (2002), lk 168 jj.

⁵⁰⁸ Vt RKTko 3-2-1-137-10, p 14 ja RKTko 3-2-1-102-07, p 16, milles märgitakse, et hea usu põhimõtte funktsioon on lepingust või seadusest tulenevate õiguste teostamise kuritarvitamise piiramine; vt ka Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare, lk 73 jj; samuti RKTko 3-2-1-49-12, p 11.

⁵⁰⁹ Õiguste kuritarvitamisega ei ole tegemist juhul, kui võlausaldaja nõudeõiguse tekkimise eeldused ei ole täidetud, vt RKTko 3-2-1-100-04, p 17 ja RKTko 3-2-1-81-08, p 10.

⁵¹⁰ Vt ka TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 418–420.

⁵¹¹ Vt RKTko 3-2-1-70-09, p 11; vt ka RKTko 3-2-1-7-09, p 15.

⁵¹² Vt ka RKTko 3-2-1-137-10, p 14; VÕS Komm I/Kull, § 6, lk 29–30; vt ka VÕS Komm I (2016)/Kull, § 6, lk 42–43.

⁵¹³ RKTko 3-2-1-102-07, p 16; RKTko 3-2-1-115-07, p 14; sarnaselt Kull (2002), lk 169.

⁵¹⁴ Vt RKTko 3-2-1-79-10, p 11; RKTko 3-2-1-100-07, p 16; RKTko 3-2-1-102-07, p 16; RKTko 3-2-1-2-06, p 17.

⁵¹⁵ Vt nt RKTko 3-2-1-170-05, p 21; RKTko 3-2-1-2-06, p 17; RKTko 3-2-1-80-08, p 22; vt ka VÕS Komm I/Kull, § 6, lk 30; vt võrdlevalt Saksa õiguses, põhjalikult Jauernig/Mansel, § 242, Rn 37–43; BeckOK/Sutschet, § 242, Rn 57–105.

⁵¹⁶ RKTko 3-2-1-102-07, p 16; vt ka RKTko 3-2-1-7-09, p 15; RKTko 3-2-1-137-10, p 14; sarnaselt Kull (2002), lk 169.

alla üksnes oluliste erandlike asjaolude esinemisel.⁵¹⁷ Vastasel juhul muutuksid võlausaldajale seadusega tagatud õigused näiliseks ning võlausaldaja õiguspärase positsioon sisutuks. Kohtute poolt hea usu põhimõtte liigne tarvitamine toob kaasa tulemuse, kus kohus astub tõlgendamise tagaukse kaudu legislatiivsesse rolli. See on aga demokraatlikus õigusriigis lubamatu. Seetõttu saabki kohus lugeda võlausaldaja (ostja) poolt talle lepingust või seadusest tulenevate õiguste kasutamise hea usu põhimõttega vastuolus olevaks üksnes erandlikult. Hea usu põhimõtte liiga sage ja pahatihti ennustamatutel juhtudel tarvitamine moonutab seaduse regulatsiooni ning hea usu põhimõtte instituudi tegelikke eesmärke.

Eeltoodu tähendab ühtlasi, et **kohus ei saa hea usu põhimõtte ettekäändel** asuda seaduse sisu moonutama selliselt, et seab ostja (võlausaldaja) nõude maksmapanekule täiendavaid – s.o seadusest mitte tulenevaid – kriteeriume ja eeldusi.⁵¹⁸ Selline tegevus riivab oluliselt õiguskindlust, mis on iga õigusriigi nurgakivi.⁵¹⁹ Seetõttu tulebki kohtutel seaduse tõlgendamisel lähtuda maksimaalselt seaduses sätestatust, kuna üksnes sellisel juhul on tagatud, et hea usu põhimõttega opereerimine ei riku isikute õigust õiguspärasele ootusele ja õiguskindlusele.⁵²⁰ Käesoleva töö kontekstis tähendab eeltoodu, et kohtud ei saa hea usu põhimõtte ettekäändel asuda moonutama ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku eeldusi,⁵²¹ tagajärgi ega

⁵¹⁷ Vt ka TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 419; vrdl RKTko 3-2-1-109-08, p 26; RKTko 3-2-1-108-08, p 13; RKTko 3-2-1-137-06, p 23; RKTko 3-2-1-70-03, p 13; RKTko 3-2-1-109-06, p 13.

⁵¹⁸ Taunitavaks näiteks võib pidada Riigikohtu otsust 3-2-1-156-11, kus Riigikohus on p-s 20 märkinud järgmist: „*Kuigi seadus ei nõua, et ostja peab enne ostuhinna alandamist andma müüjale VÕS § 114 lg 1 alusel täiendava tähtaja rikkumise kõrvaldamiseks (asja lepinguga kooskõlla viimiseks), võib selline kohustus tuleneda hea usu põhimõttest (VÕS § 6 lg 1), eelkõige kui vastasel juhul tekitataks müüjale ebaproportsionaalseid kulusid.*” Sellist Riigikohtu nn seadusloomet ei saa pidada õigeks. Riigikohus on siin selgelt läinud vastuollu seadusandja tegeliku tahte ja seaduse regulatsiooni ühemõttelise tekstiga, et hinna alandamise korral ei pea võlausaldaja andma võlgnikule eelnevalt täiendavat tähtaega. Riigikohtu tõlgendus riivab oluliselt õiguskindlust, mis on iga õigusriigi nurgakiviks.

⁵¹⁹ Vt ka TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 416.

⁵²⁰ Vt TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 416; vt ka RKTko 3-2-1-89-14, p 28, kus Riigikohus leidis, et hea usu põhimõtte ei saa olla aluseks uute õigusinstituutide loomisel olukorras, kus seadusandja ei ole sellise instituudi loomist vajalikuks pidanud.

⁵²¹ Eelkõige ostja valikuõiguse osas nõuda kahju hüvitamist kas kogu täitmise asemel või üksnes piiratult, vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2. Sarnasel kaalutlusel ei saa nõustuda ka Kõvega, kes leiab VÕS § 116 lg 2 p 5 kohaldamise juures, et ilmselt ei oleks õiglane tulemus, kus võlausaldaja võib täiendava tähtaja edutul möödumisel taganeda lepingust ka juhul, kui rikutud kohustus on vähetähtis (vt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 402). Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 611. Autor mõnab, et VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsioon on võlgniku ja võlausaldaja huvide tasakaalustatuse osas problemaatiline. Samas ei anna see aga alust seaduse selgesõnalisest regulatsioonist tõlgenduslike võtete teel kõrvale kalduda. Seadus näeb üheselt ette, et võlausaldaja võib taganeda lepingust, kui võlgnik ei täida täiendava tähtaja jooksul ükskõik millist kohustust (VÕS § 116 lg 2 p 5). Millistel tingimustel lubada võlausaldajal lepingust taganeda – kas iga rikkumise, materiaalselt olulise rikkumise, mis tahes rikkumise kõrvaldamata jätmisel, vms –, on õiguspoliitiline küsimus, mis kuulub legislatiivvõimu pädevusse. Õiguspoliitiliste otsustuste tõlgenduslike võtetega pareerimist ei saa pidada õigeks. Teistsugune tulemus riivab autori hinnangul lubamatult õiguskindlust.

nõude ulatusega seotud regulatsiooni.⁵²² Samuti ei saa hea usu põhimõttele tuginevalt asuda nõude õigustatud maksmapaneku osas juurde tõlgendama lisakriteeriume või -piiranguid.⁵²³

Kokkuvõtvalt, ostjale seaduse või lepinguga tagatud õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel saab olla piiratud tulenevalt hea usu põhimõttest ja kujutada õiguste kuritarvitamist *üksnes olulistel erandlikel asjaoludel*. See tähendab, et üksikjuhtumil peavad esinema sellised erilised asjaolud, mis toovad kaasa tulemuse, et seaduse regulatsiooni kohaldamine konkreetsetel asjaoludel oleks äärmiselt ebaõiglane. Teiselt poolt tähendab see, et hea usu põhimõtte ettekäändel ei saa kohtud asuda seadusega tagatud õiguse sisu moonutama. Kehtiv positiivne õigus on küsimus õiguspoliitilistest otsustest ja seadusandja tahtest. Kohtu roll on seadust kohaldada, lähtuvalt kehtivast õigusest ja selle aluseks olevatest õiguspoliitilistest valikutest. Kohtud ei saa piirata võlausaldajale seadusest tulenevate õiguste kasutamist selliste asjaolude esinemisega (eeldustega), mida kehtiv õigus ette ei näe ja milliste asjaoludega ei ole seadusandja soovinud õiguste teostamist siduda. Selliselt peavad kohtud seaduse tõlgendamisel lähtuma maksimaalselt seaduses sätestatust. Hea usu põhimõtte ei ole legislatiivne instrument ja selle kaudu ei saa ega tohi muuta õiguspoliitilisi otsustusi. Teistsugune kohtute tegevus riivab mitte üksnes õigusriigi keskmeks olevat võimude lahususe põhimõtet, vaid rikub oluliselt ka õiguskorra nurgakiviks olevat õiguskindluse ja õiguspärase ootuse põhimõtet.⁵²⁴

2.6.5 Aegumine

Kuigi ühe ja sama positiivse huvi täitmisele suunatud, on täitmisenõue ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue käsitletavad iseseisvate nõuetena. Mh tähendab see, et mõlema nõude aegumist tuleb vaadata eraldiseisvalt. Kuna ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue põhineb tehingulise kohustuse rikkumisel, tuleb nõude aegumisel lähtuda eelkõige TsÜS §-dest 146–147.⁵²⁵ Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise juures on keskne küsimusnõude aegumise kulgema hakkamisel. TsÜS § 147 lg 1 järgi hakkab aegumistähtaeg kulgema nõude sissenõutavaks muutumisest. Sama sätte teise lause järgi muutub nõue sissenõutavaks alates ajahetkest, mil õigustatud isikul on õigus nõuda nõudele vastava kohustuse täitmist. Sellest tuleneb, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ei saa hakata aeguma enne, kui see on tekkinud ja muutunud sissenõutavaks.

Millal kahju hüvitamise täitmise asemel nõue tekib – s.o millal võib ostja (võlausaldaja) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel –, sätestab VÕS § 115. Sätte lg 2 ls-e 1 kohaselt tekib kahju hüvitamise täitmise asemel nõue reeglina võlgnikule kohustuse rikkumiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (v.a VÕS § 115 lg 2–3

⁵²² Nõude ulatuse osas eelkõige ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2.

⁵²³ Eelkõige ptk-s 2.6.1, samuti ostja õiguse osas otsustada nõude ulatuse üle, vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2.

⁵²⁴ Vt ka TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 416.

⁵²⁵ Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 599–600. Asja lepingutingimustele mittevastavusest tulenevate nõuete aegumise kohta vt ptk 3.2.6.

erandid). Selliselt on nõude sissenõutavaks muutumine ja selle aegumise kulgema hakkamine seotud *rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutu möödumisega*. Tähtajalisi piiranguid, mille jooksul võib võlausaldaja (ostja) võlgnikule (müüjale) täiendava tähtaja määrata ja seeläbi täitmisenõudelt kahju hüvitamise nõudele üle minna, seadus ei sätesta.⁵²⁶ Seega võib ostja (võlausaldaja) minna täitmisenõudelt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele üe **kogu täitmisenõude aegumise perioodil**.⁵²⁷ Mh tähendab see, et ostja (võlausaldaja) võib kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeldusena määrata rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ka täitmisenõude aegumise viimasel päeval. Sellisel juhul muutub kahju hüvitamise täitmise asemel nõue sissenõutavaks täiendava tähtaja edutul möödumisel. Sellest hetkest hakkab kulgema ka nõude aegumistähtaeg.

Näide: 01.02.16 müüb M O-le haruldase 1920ndate aastate grammofoni Jacksons. O tasub M-le ettemaksuna pool ostuhinnast, 5000 EUR. Kui M kohustus ei täida, teatab O, et kolleksionäärina on tal nimelt huvi grammofoni vastu (VÕS § 108 lg 3). Seejärel läheb O ümbermaailmareisile, kust naaseb mõned nädalad enne müügilepingust tulenevate nõuete aegumist. 12.01.19 määrab O M-le rikkumise kõrvaldamiseks ja grammofoni üleandmiseks täiendava tähtaja kuni 26.01.19 ja märgib, et kui M ka selle aja jooksul rikkumist ei kõrvalda, kavatseb ta nõuda grammofoni turuväärtuse 15 000 EUR hüvitamist. M grammofoni 26.01.19 üle ei anna, mistõttu muutub O kahju hüvitamise täitmise asemel nõue 27.01.19 sissenõutavaks (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Poole aasta pärast esitab O kohtusse M-i vastu hagi, nõudes asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist summas 17 000 EUR (hagi esitamise seisuga grammofoni turuhind). M väidab vastu, et kuna müügilepingu sõlmimisest on möödunud enam kui kolm aastat, on kõik O nõuded aegunud. Kuna O on hobijurist ja on kohtunud ümbermaailmareisil K. Larenzi lapselapsega, kellega on mh pidanud tuliseid arutelusid tsiviilõiguslike nõuete aegumise üle, siis teatab ta kohtus, et kuna tema kahju hüvitamise täitmise asemel nõue muutus sissenõutavaks alles 27.01.19, siis aegub tema nõue mitte varem kui 27.01.22, mistõttu on hagi esitatud tähtaegselt ja kuulub rahuldamisele.

Sarnasele seisukohale, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist tuleb arvestada eraldiseisvalt täitmisenõude aegumisest, on jõutud ka Saksa õiguses, kus märgitakse, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet tuleb nõude aegumise seisukohast käsitleda *täitmisenõudest eraldiseisvana*.⁵²⁸ Seda põhjusel, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise näol ei ole tegu täitmisenõude edasikestmisega teises vormis, vaid iseseisva ja algupärase nõudega, mille abil saab võlausaldaja kõrvaldada võlgniku poolt primaarkohustuse rikkumisest tingitud negatiivsed tagajärjed.⁵²⁹ Nii hakkab Saksa õiguse valitseva arvamuse järgi kahju hüvitamise täitmise asemel nõue aeguma võlausaldaja poolt võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Kui võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka täiendavat tähtaega määramata, algab kahjunõude aegumine selliste

⁵²⁶ Vt selle kohta ka ptk 2.6.1.

⁵²⁷ Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 600.

⁵²⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn G 1.

⁵²⁹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 166.

asjaolude esinemisest.⁵³⁰ See tähendab mh, et täitmisenõude aegumine ei too kaasa juba tekkinud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist.⁵³¹ Teiselt poolt ei too aga täitmisenõude esitamine kaasa *juba tekkinud* kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise peatumist.⁵³² Kui võlausaldaja esitab aga täitmisenõude olukorras, kus kahju hüvitamist täitmise asemel nõude eeldused ei ole täidetud (s.o nõue ei ole tekkinud), toob täitmisenõude esitamine kaasa ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise peatumise.⁵³³

Autori hinnangul saab eeltoodud seisukohtadega nõustuda ning sellistest kaalutlustest tuleks lähtuda ka VÕS-i ja TsÜS-i tõlgendamisel.⁵³⁴ See tähendab, et kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõue muutub sissenõutavaks alates selle eelduste täidetest – reeglina täiendava tähtaja edutust möödumisest –, ei saa nõude aegumine hakata varem kulgema. Eelnevalr kirjeldatud näite puhul tähendab see, et O asendustehingu kulu (kahju) nõue kuulub rahuldamisele. Kui võlausaldaja (ostja) võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ilma võlgnikule täiendavat tähtaega määramata, hakkab kahju hüvitamise täitmise asemel nõue aeguma mõistliku aja möödudes selliste asjaolude tekkimisest (vrld VÕS § 115 lg 3 ja VÕS § 223 koosmõjus VÕS § 82).

Seevastu kui ostja (võlausaldaja) kahju hüvitamise täitmise asemel nõue *tekitab peale täitmisenõude aegumist* ja müüja (võlgnik) tugineb nõude aegumisele, ei tohiks ostja (võlausaldaja) saada aegumisega seotud tagajärgi vältida seeläbi, et ei nõua müüjalt mitte täitmist, vaid kahju hüvitamist täitmise asemel.⁵³⁵ Sellise tõlgenduse kasuks räägib eelkõige argument, et müüja (võlgniku) suhtes, kes võib aegumise tõttu keelduda kohustuse täitmisest ja sellele ka tugineb, ei saa täitmisenõuet maksma panna. Seetõttu ei saa ostja (võlausaldaja) anda müüjale (võlgnikule) ka rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega ning selle edutul möödumisel heita talle ette rikkumise kõrvaldamata jätmist. Seega ei saa nõude aegumise järgselt antud täiendava tähtaja kontekstis rääkida ka täiendava tähtajaga seotud hoiatusfunktsioonist ja võlgnikule n-ö viimase võimaluse andmisest. Mis kõige olulisem, võlausaldaja (ostja) ei tohiks läbi täiendava tähtaja kunstliku määramise saavutada võimalust panna maksma nõudeid, mis on tegelikkuses aegunud. Eeltoodut toetab ka VÕS § 118 lg 2 eeskuju, mille järgi ei saa võlausaldaja, kes on kaotanud täitmisenõude esitamise õiguse tulenevalt selle aegumisest, lepingust taganeda ja vabaneda seeläbi nõude aegumisega seotud piirangutest ning pikendada võlgniku vastutuse perioodi.

Küsitav on, kas täitmisenõude aegumise peatumine või katkemine mõjutab ka *juba tekkinud* kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist. Saksa õiguses reguleerib

⁵³⁰ Vt ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 165, Rn 166; sarnaselt on leitud võlausaldajale lepingust taganemisest tulenevate nõuete osas, vrld MüKo/Gaier, § 346, Rn 32–34, samuti Palandt/Ellenberger, § 218, Rn 7 ja Staudinger/Kaiser, § 349, Rn 37; Stöber, S. 294; Nomos Komm/Stürner, § 199, Rn 40, Rn 44; osaliselt teisiti Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 345 ff; vrld ka BGH NJW 1999, 2884, 2886.

⁵³¹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 88, Rn 164 ff.

⁵³² MüKo/Ernst, vor § 281, Rn 3.

⁵³³ MüKo/Ernst, § 281, Rn 165a.

⁵³⁴ Sarnasele järeldusele on jõudnud ka Köve, vt VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 600.

⁵³⁵ Sarnasele tulemusele on jõutud ka Saksa õiguses, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 350; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 11; Herresthal, S. 566.

sellist olukorda BGB § 213, mille kohaselt nõude aegumise peatumine ja katkemine mõjutab ka nõudeid, mis tuginevad samadele asjaoludele ja eksisteerivad nõude kõrval või astuvad selle asemele. Kuna TsÜS ega VÕS sarnast nõude aegumise peatumise ega katkemise regulatsiooni ette ei näe ning võttes arvesse, et nõude aegumise kulgema hakkamise osas tuleb täitmise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet käsitleda eraldiseisvatena, ei mõjuta autori hinnangul täitmisnõude aegumise peatumine ja katkemine juba tekkinud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist.⁵³⁶

2.7 Nõude esitamine enne kohustuse sissenõutavust

Reeglina saab võlausaldaja (ostja) kasutada õiguskaitsevahendeid üksnes juhul, kui võlgnik (müüja) on kohustust rikkunud, st kas on saabunud kohustuse täitmise tähtaeg või muu nõude maksmapaneku eeltingimus. Ka õiguskirjanduses märgitakse, et õiguskaitsevahendite kasutamine eeldab, et võlasuhtest tulenev kohustus on tekkinud ja see on muutunud sissenõutavaks.⁵³⁷

Seadus ei näe selgesõnaliselt ette võimalust nõuda kahju hüvitamist enne kohustuse sissenõutavaks muutumist. Erandi sätestab VÕS § 117, mis annab võlausaldajale õiguse lepingust taganeda ka juhul, kui enne kohustuse sissenõutavaks muutumist *on ilmne*, et võlgnik paneb toime olulise lepingurikkumise, eelkõige kui ta teatab, et ta ei kavatse lepingut täita. Õiguskirjanduses märgitakse, et VÕS § 117 kohaldub analoogia korras ka lepingu ülesütlemisele.⁵³⁸ VÕS § 117 laiendatud kohaldamisala on sisuliselt tunnustanud ka Riigikohus.⁵³⁹ Eeltoodu ei anna siiski vastust küsimusele, kas ostja võib ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude panna maksma enne kohustuse sissenõutavaks muutumist, kui on ilmne, et müüja rikub kohustusi oluliselt. Autori hinnangul tuleks sellist tõlgendust tunnustada. Seda järgmistel põhjendustel ja ühes järgmiste piirangutega.

Keskne argument VÕS § 117 kohaldamise võimalikkusest seondub VÕS § 117 regulatsiooni eesmärgiga, milleks on lepingulistes kohustustes kiiremini selguse saamine ning seeläbi efektiivsuse tagamine ja lõppastmes võimalike kahjude tervikuna minimeerimine.⁵⁴⁰ Seega olukorras, kus on ilmne, et võlgnik (müüja) paneb toime olulise rikkumise, oleks nii võlausaldaja (ostja) kui ka võlgniku (müüja) huvidest lähtuvalt ebamõistlik tulemus, kus võlausaldaja peab võlgniku täitmisest vabanemiseks ootama ära kohustuse sissenõutavaks muutumise. Eelkõige aitab ennetav tegutsemine

⁵³⁶ Sarnasele järeldusele võib jõuda ka RKTko 3-2-1-165-09 p-st 14, kus märgitakse, et hageja poolt täitmisnõude esitamine peatas küll hageja kohustuse täitmise nõude aegumise, kuid ei mõjuta hageja kahju hüvitamise nõude aegumistähtaaja kulgemist; sarnaselt TsÜS Komm/Kõve, § 160, lk 508; RKTko 3-2-1-102-08, p 22.

⁵³⁷ VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 317; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 472.

⁵³⁸ VÕS Komm I/Kõve, § 117, lk 408; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 117, lk 619; Sergejev, lk 647–648.

⁵³⁹ RKTko 3-2-1-72-14, p 16.

⁵⁴⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 117, lk 407–408; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 117, lk 618; sarnaselt CISG-s, vt MüKoHGB/Mankowski, art 72, Rn 1 ja Rn 10; Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 72, Rn 4.

vähendada võimalikke viivituskahjusid, mis reeglina kvalifitseeruvad kahjuks täitmise kõrval (nt saamata jäänud kasutuseelis või saamata jäänud tulu alates kohustuse rikkumisest kuni asendustehingu teostamiseni).

Näide: 01.03 ilmneb, et müüja M ei suuda tarneraskuste tõttu tarnida puidutöötlemisega tegelevale O-le tähtaegselt (01.05) seadmeid, mida viimane vajab igapäevaseks majandustegevuseks. M-i sõnul ei ole tal võimalik seadmeid tarnida enne 01.07. Sellisel juhul oleks kahjude minimeerimise aspektist mõistlik, et O taganeb koheselt lepingust ja läheb üle asendustäitmisele. Kui O saaks lepingust taganeda alles 01.05 järgselt antud mõistliku täiendava tähtaja möödudes (nt 01.06), tooks see kaasa tulemuse, kus O saaks alustada asendustehingu läbiviimisega kolm kuud hiljem (01.03 asemel 01.06). Taganedes koheselt lepingust, saaks O ära hoida kolme kuu ulatuses saamata jäänud tulu (kahju) tekkimise. Seega on M-i sooritusest loobumine enne kohustuse sissenõutavaks muutumist nii O kui ka M-i huvides. Selline õigeaegne lepingust taganemine ja kahjude vähendamise kohustus võib O-le tulla ka VÕS §-st 139.

Lähtudes sätte eesmärgist, ei oleks VÕS § 117 analoogia korras kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele kohaldamine autori hinnangul vastuolus sätte alusideega minimeerida kogukahjusid ja saavutada lepingulistes suhetes võimalikult kiiresti selgus. Veelgi enam, kuna VÕS § 117 peab silmas kahjude vähendamist, võttes seeläbi arvesse nii võlgniku kui ka võlausaldaja huve, oleks sätte rakendusala piiramine üksnes lepingust taganemisega ebamõistlik. Teistsugune tõlgendus kallutaks näiteks ostjat pigem lepingust taganema, kui nõudma puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist. Selline tulemus ei pruugi aga olla ei ostja ega müüja huvides. Seda enam, et lepingust taganemise tulemusena saaks ostja igal juhul nõuda asendustehingu või hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 lg 1 ja 2 järgi. Seega oleks sätte kohaldamata jätmine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele lõppastmes ka suuresti sisutu.

Eelnevalt kirjeldatud **näidiskaasuse modifikatsioon:** M teavitab 01.03, et tarnib küll masinad kokkulepitud kuupäeval 01.05, kuid märgib sealjuures, et tarnitavad seadmed ei täida ühte kokkulepitud funktsiooni, kuna M ei ole siiani leidnud IT-spetsialisti, kes looks funktsiooni täitmiseks vajaliku programmi ja selle seadmega ühendaks. M lubab masinad 01.05 tarnida, kuid puuduse kõrvaldamine võtab tal väidetavalt veel vähemalt kuu või kaks. Selle peale leiab O ise IT-firma, kes on valmis programmi looma ja paigaldama 01.05 (kulu kokku 10 000 EUR). IT-firmale kantud lisakulud soovib O nõuda M-lt tagasi. Kas O saab seda teha?

Oleks ebamõistlik, kui O peaks kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseks ootama ära nõude sissenõutavaks muutumise (01.05) ja määrama seejärel puuduste kõrvaldamiseks tähtaja (VÕS § 115 lg 2). Kahjunõude kohese esitamise võimalus tagaks nii O-le kui ka M-le kahjude vähendamise: O saaks asuda seadmeid alates 01.05 kasutama, mistõttu jääks tal tekkimata igakuine saamata jäänud tulu summas 15 000 EUR. Kuna M-l tuleks selline kahju O-le hüvitada, on O ennetav sekkumine ka M-i huvides. Autor hinnangul peaks VÕS § 117 tulenevalt selle eesmärgist olema analoogia korras kohaldatav ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele.

Võrdlevõiguslikul võib välja tuua, et ka BGB §-s 281 puudub regulatsioon, mis annaks võlausaldajale õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel enne nõude sissenõutavaks muutumist. Sarnaselt VÕS-le on selline õigus aga ette nähtud taganemise

juures (BGB § 323 lg 4). Saksa õiguskirjanduses leitakse, et BGB §-s 323 lg 4 sätestatud põhimõtet saab kohaldada ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele, kuna selliste asjaolude esinemisel oleks täiendava tähtaja nõudest kinnipidamine üksnes ebamõistlik formaalsus. Samuti oleks seaduse mõtte osas vastuoluline tulemus, kus võlausaldaja saab võlgniku täitmisest loobuda lepingust taganemise teel, kuid see ei oleks võimalik kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise läbi. Küll aga on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise juures oluline, et erinevalt lepingust taganemisest peab võlgnik kahjunõude esitamisel rikkumise eest ka vastutama.⁵⁴¹ Eeltoodud seisukohtadega tuleb nõustuda ning esitatud kaalutlused on autori hinnangul edukalt üle kantavad ka VÕS-i.

Eeltoodust tulenevalt tuleks autori hinnangul kaaluda VÕS § 117 lg 1 täiendamist *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui enne ühe lepingupooli kohustuse sissenõutavaks muutumist on ilmne, et see lepingupool paneb toime olulise lepingurikkumise, eelkõige kui ta teatab, et ei kavatse lepingut täita, võib teine lepingupool lepingust taganeda või nõuda kahju täitmise asemel juba enne kohustuse sissenõutavaks muutumist.”

Sarnaselt tuleks täiendada ka VÕS § 117 lg 2 ja lg 3 sõnastust, laiendades sätte kohaldamisala kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega.

2.8 Nõude tingimuslik maksmapanek

Reeglina on kujundusõiguste tingimuslik teostamine lubamatu.⁵⁴² Sellisest üldisest põhimõttest näeb ette erandi VÕS § 116 lg 5 ls 1, mille järgi võib võlausaldaja (ostja) täiendava tähtaja andmisel määrata, et juhul, kui võlgnik (müüja) ei täida täiendava tähtaja jooksul oma kohustust, loeb kahjustatud lepingupool ennast lepingust taganenuks. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise juures seadus sellist võimalust ette ei näe, mistõttu on VÕS §-i 116 lg 5 ls 1 laiendamine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele küsitav. Autori hinnangul ei tohiks analoogia kohaldamine siiski suuremaid probleeme tekitada, kuna seeläbi realiseerub VÕS §-ga 116 lg 5 sarnane tulemus – võlgniku soorituskohustus lõpeb esitatud nõude ulatuses ja võlgniku õigus pakkuda edaspidi kohustuse täitmist lõpeb.⁵⁴³ Selliselt omab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine kujundusõiguslikku tähendust.⁵⁴⁴

⁵⁴¹ Vt põhjalikult Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 75–80; vt ka MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 65; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 39.

⁵⁴² VÕS Komm I/Köve, § 101, lk 318; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 101, lk 474; TsÜS Komm/Kull, § 103, lk 322; vt võrdlevalt Saksa õiguses, põhjalikult Emmerich, S. 297, Rn 58; Derleder/Zänker, S. 2779 ff.

⁵⁴³ Vt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega täitmisnõude lõppemise ja õigussuhte ümberkujunemise kohta täpsemalt ptk 4.2.

⁵⁴⁴ Sarnaselt Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 201; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 8; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 50; MüKo/Ernst, § 281, Rn 93; kaudselt ka VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 392; täpsemini VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 591, lk 604. Vt nõude esitamise tagajärgede kohta lähemalt ptk 4.

Kui kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude tingimusliku maksmapanekuga seotud tagajärgede kindlaksmääramine müüja (võlgniku) ja ostja (võlausaldaja) edasistele kohustustele reeglina probleeme ei valmista,⁵⁴⁵ siis oluliselt keerulisemaks võib regulatsiooni kohaldamine osutuda olukorras, kus ostja nõuab puudustega müügieseme üleandmisel kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes piiratult, nt puuduste kõrvaldamiseks kantavate kulude hüvitamist. Sellisel juhul võib jääda ebaselgeks, millises osas pooltevaheline täitmissuhe lõpeb ja mis osas kestma jääb. Veelgi komplikseeritumaks muutub olukord aga juhul, kui müüja kõrvaldab täiendava tähtaja jooksul üksnes osa puudusi. Näiteks annab M O-le üle elamu, mille küttekolles ei vasta lepingutingimustele ning mille katus laseb läbi. O määrab M-le puuduste kõrvaldamiseks tähtaja, mille jooksul parandab M üksnes katuse. Esitades täiendava tähtaja määramisel tingimusliku kahju hüvitamise täitmise asemel nõude, võib sellisel juhul jääda ebaselgeks, milliste soorituste osas toob nõude esitamine kaasa täitmissuhte lõppemise. Sh kas O soovib nõuda M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult (nt puuduste kõrvaldamise kulutuste osas).

Autori hinnangul on kirjeldatud raskused siiski ületatavad. Seda eelkõige tulenevalt asjaolust, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel ei pea ning sageli ei saagi ostja (võlausaldaja) kohe kindlaks määrata nõude täpset suurust. Hüvitamisele kuuluv kahju selgub sageli alles kohtumenetluse käigus ning ka sellisel juhul – eelkõige kui nõutakse tulevikus kantavate kulude hüvitamist – määratakse hüvitamisele kuuluva kahju täpne suurus kindlaks alles kohtuotsuse tegemise seisuga.⁵⁴⁶ Seega ei ole asjaolu, et ostjal (võlausaldajal) puudub nõude esitamise seisuga täpne ülevaade talle tekitatud ning hüvitamisele kuuluva kahju suurusest, oluline. Eelnevast olulisem on aga asjaolu, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega *manifesteerib ostja (võlausaldaja)*, et ta ei soovi enam müüjapoolset (võlgniku) täitmist, s.o kas asja üleandmist või puuduste kõrvaldamist. Selliselt saabub müüjale (võlgnikule) selgus, et edaspidi ei saa ta rikkumist oma vahenditest kõrvaldada ega pakkuda ostjale (võlausaldajale) puuduste kõrvaldamist või asja üleandmist. Seega kaasneb ostja poolt nõude esitamisega tegelikkuses piisav selgus, s.o müüjal puudub edaspidi õigus täitmist pakkuda (sh rikkumine heastada). Just viimane omabki kujundusõiguste tingimusliku teostamise juures keskset tähendust. Seega toob kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tingimuslik maksmapanek kaasa tulemuse, kus täiendava tähtaja edutul möödumisel lõpeb täitmisnõue automaatselt, asendudes vastavas osas kahju hüvitamise nõudega täitmise asemel.

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tingimusliku maksmapaneku keeld tooks ühtlasi kaasa tulemuse, kus seadus kallutaks ostjat pigem lepingust taganema kui nõudma nt puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist. Selline tulemus ei pruugi aga olla kummagi lepingupoole huvides. Tulemus oleks seda ebaloogilisem, et lepingust

⁵⁴⁵ Vt nõude ulatuse ja sisu kohta nt ptk 2.4 ja ptk 1.3.2, nõude esitamise tagajärgede kohta vt ptk 4. Eelkõige tähendab ostja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine seda, et müüja põhikohustused lõpevad täielikult. S.o müüja ei või edaspidi pakkuda kohustuste täitmist (müügieseme üleandmist või asja parandamist) ning juba üleantud müügiese tuleb ostjal müüjale välja anda. Vt selle kohta täpsemalt ptk 4.5.

⁵⁴⁶ Vt ptk 2.5.3.

taganemise korral saaks ostja igal juhul nõuda asendustehingu või hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 lg 1 ja 2 järgi. Seetõttu oleks sätte kohaldamata jätmine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele lõppastmes suuresti ka sisutu. Autori hinnangul puuduvad mõistlikud põhjendused, miks ei võiks VÕS § 116 lg 5 olla analoogia korras kohaldatav ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule. Nii on sellist käsitlust peetud mõistlikuks ja võimalikuks ka VÕS § 115 lg 2 regulatsiooni eeskujuks olnud BGB-järgses õiguskirjanduses.⁵⁴⁷ Tõlgenduse lubatust toetab ka TsMS § 365, mis lubab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tekkimise seada sõltuvusse kohtuotsusega ettenähtud tähtaja jooksul võlgniku poolt soorituse teostamisest.⁵⁴⁸

⁵⁴⁷ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 15, sarnaselt MüKo/Ernst, § 281, Rn 96.

⁵⁴⁸ Sarnaselt ZPO § 255, § 259; vt ka Emmerich, S. 297, Rn 58.

3. OSTJA ÕIGUS NÕUDA KAHJU HÜVITAMIST TÄITMISE ASEMEL MÜÜJA KOHUSTUSTE OSALISEL TÄITMISEL, ASJA LEPINGUTINGIMUSTELE MITTEVASTAVUSEL JA KÕRVALKOHUSTUSTE RIKKUMISEL

Töö kolmas peatükk keskendub ostja õigusele nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kohustuste osalise täitmise, asja lepingutingimustele mittevastavuse ja kõrvalkohustuste rikkumisel. Analüüsi raames käsitletakse kohustuste osalise täitmise ja asja lepingutingimustele mittevastavuse mõistet ning sellega seotud erisusi müügi- lepingu regulatsioonis. Samuti uuritakse ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekuga seotud erisusi asja lepingutingimustele mittevastavuse korral ning nõude ulatuse ja kahju arvestamisega seotud küsimusi müüja kohustuste osalise täitmise ja müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse korral. Käsitlemisele tulevad ka ostja nõuete aegumise erisused asja lepingutingimustele mittevastavuse korral ning ostja VÕS § 222 lg 5 järgse kulutuste hüvitamise nõude regulatsiooni tähendus. Peatüki viimases osas käsitletakse müüja kõrvalkohustusi ja ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel kõrvalkohustuste rikkumisel. Analüüsimisele tulevad nii müüja kõrvalkohustuste mõiste kui ka nõude maksmapaneku ja selle ulatusega seotud erisused.

3.1 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kohustuste osalisel täitmisel

3.1.1 Kohustuste osalise täitmise mõiste ja müüja kohustuste osalise täitmisega seotud erisused (VÕS § 115 lg 4 ja § 217 lg 1)

Võlgniku (müüja) kohustuste osalise täitmise mõiste ja sellega seotud nõude maksmapaneku erisuste väljaselgitamine on oluline tulenevalt VÕS §-st 115 lg 4 ls 1, mille järgi saab võlausaldaja (ostja) võlgniku osalisel täitmisel nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi.⁵⁴⁹

Osalise täitmise **kesksed tingimused** on, et müüja (võlgniku) sooritus on *osadeks jaotatav*, et müüja on mingi kvantitatiivse osa sooritusest ostjale täitnud ja ostja on soorituse vastu võtnud või sattunud vastuvõtuviiivitusse.⁵⁵⁰ Osalise täitmisega ei ole tegemist juhul, kui müüja sooritus ei ole tehniliselt või kokkuleppeliselt osadeks jaotatav.⁵⁵¹ Seega mitte igasugune müüja kohustuse mittetäielik täitmine ei ole käsitletav osalise täitmisena. Oluline on rõhutada, et osalise täitmisega on tegu üksnes müüja

⁵⁴⁹ Osalise täitmise mõiste kohta vt ka ptk 2.4 ja ptk 3.1.1. Kuna VÕS § 115 lg 4 ls 1 eeskujunormiks on olnud BGB § 281 lg 1 ls 2, on regulatsiooni tõlgendamisel kohane pöörduda Saksa õiguse poole.

⁵⁵⁰ Kuna VÕS § 115 lg 4 ls 1 eeskujunormiks on olnud BGB § 281 lg 1 ls 2, on mõiste tõlgendamisel kohane pöörduda Saksa õiguse poole; vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155 ff, B 160; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 36, 40–41; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff; Schwarze, S. 228, Rn 45.

⁵⁵¹ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 21; samuti BGH NJW 00, 1256.

(võlgniku) *kvantitatiivse* mittetäieliku täitmise korral.⁵⁵² Selliselt vastandub osalisele täitmisele (osasoorituse tegemisele) kohustuse mittekohane täitmine, mille sisuks on soorituse kvalitatiivne puudus (mittekohasus)⁵⁵³ ja mille korral on sooritus koormatud kas õigusliku või kvalitatiivse puudusega. Selliselt erineb kohustuse mittekohane täitmine olemuslikult kohustuse osalisest täitmisest.⁵⁵⁴

Osalise täitmise mõiste sisustamisel ei saa nõustuda õiguskirjanduses märgituga, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 järgne osalise täitmise mõiste võiks hõlmata mittekohase täitmise juhtumeid.⁵⁵⁵ Võttes arvesse, et VÕS § 115 lg 4 ls 1, mis opereerib osalise täitmise mõistega, otsene eeskujuallikas BGB § 281 lg 1 ls 2 näeb üheselt ette, et osaline täitmine hõlmab *üksnes kvantitatiivset* mittetäielikku täitmist ja mittekohase täitmise juhtumitele see ei kohaldu,⁵⁵⁶ ei ole osalise täitmise mõiste laiendamine mittekohase täitmise juhtumitele kooskõlas seaduse mõtte ega eesmärgiga. VÕS § 115 lg 4 teine lause aga reguleerib üksnes tingimusi, *millal* võlausaldaja (ostja) saab *osalise* täitmise puhul nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Seega ei ole lg 4 teise lause eesmärk sätestada osalise täitmise *mõistet*, vaid üksnes kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise tingimusi osalise täitmise korral. Ühtlasi tuleneb sellest, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 tõlgendamisel BGB-KE §-le 283 viitamine ning sellest tõlgendusabi otsimine ei ole korrektne. Teisisõnu, kuna BGB-KE § 283 ei ole VÕS § 115 lg 4 ls 1 allikas, ei saa sellest teha ka mingeid järeldusi VÕS-i kontekstis.⁵⁵⁷

Laiemas tähenduses saab osalisest täitmisest rääkida ka juhul, kui võlgnikul (müüjal) on lepingust tulenevalt mitu iseseisvat põhikohustust ja ta täidab neist üksnes ühe või mõned. *Näiteks* lepivad pooled kokku õlitsisterni tarnimises ja paigaldamises, samuti hiljem selle müüja poolt mahamonteerimises, tsisternide tagasivõtmises ning nende utiliseerimises. Samuti võivad müüjal (võlgnikul) lisaks põhikohustustele olla ka kõrvalsoorituskohustused, nt tuleb müüjal anda ostjale üle kokkulepitud kemikaalid ja lasta teha müügieseme suhtes erapooletu analüüs ning anda sertifikaat ühes kaubaga üle ostjale.⁵⁵⁸ Seevastu ei saa osaliseks soorituseks reeglina lugeda olukorda, kus võlgnikul (müüjal) on võlasuhtest tulenevalt mitu põhisoorituskohustust ning võlgnik satub viivitusse või jätab täitmata neist ühe. Nii ei saa nt müügilepingu puhul lugeda müüja osaliseks soorituseks olukorda, kus müüja täidab üksnes asja üleandmiskohustuse või võimaldab ostjale omandi, jättes aga teise põhikohustuse täitmata.⁵⁵⁹

⁵⁵² Vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155 ff, Rn C 12 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 36, 40–41; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff.

⁵⁵³ MüKo/Ernst, § 281, Rn 123; MüKo/Krüger, § 266, Rn 3 ff; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff.

⁵⁵⁴ Schwarze, S. 227–228, Rn 45.

⁵⁵⁵ Vt VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 395; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 597. Vt ka selgitusi ptk-s 2.4.

⁵⁵⁶ Vt nt Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 36, 40–41; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155 ff, Rn C 12 ff; MüKo/Krüger, § 266, Rn 3 ff; MüKo/Ernst, § 281, Rn 123.

⁵⁵⁷ Vt VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 391 ja 395. Eksitus on tõenäoliselt tingitud sellest, et VÕS § 115 lg 4 ls 1 ja ls 2 allikad on erinevad, mistõttu ei ole tehtud üldistus õige.

⁵⁵⁸ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 326.

⁵⁵⁹ Emmerich, S 299, Rn 64; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 21; vt ka BGH NJW 2000, 1256; NJW-RR 2005, 10 (12).

Eelkõige omab osalise soorituse ja mittekohase täitmise **eristamine praktilist tähendust** selliste lepingute puhul, milles on kombineeritud mitu erineva iseloomuga ja sageli ka pikaajalist kohustust, samuti kui tegemist on mitme omavahel seotud lepinguga. Nt sõlmivad pooled restorani müügilepingu, millega kaasneb müüjale pikaajaline kohustus varustada ostjat õllega kokkulepitud tingimustel.⁵⁶⁰ Sellisel juhul ei ole (põhi)kohustused omavahel sellises tihedas olemuslikus seoses, et neid ei saaks käsitleda eraldiseisvatena ja nõude ulatuse kontekstis tuleks kohaldada kohustuse osalise täitmise kohta käivaid reegleid.⁵⁶¹ Mh tähendab see, et ostja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka ühe mittetäidetud või mittekohaselt täidetud kohustuse (osasoorituse) asemel, kuna selliseks piiratud ulatuses kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseks on ostja (võlausaldaja) alati õigustatud.⁵⁶² Kui ostja (võlausaldaja) soovib sellisel juhul nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (s.o kõigi soorituste asemel), võib ta seda teha üksnes juhul, kui ta on osalise soorituse – s.o kui müüja (võlgnik) täidab üksnes mõne mitmest kohustusest – täitmise vastu kaotanud huvi.⁵⁶³ Sellisel juhul saab võtta aluseks kvantitatiivse osalise täitmise regulatsiooni põhimõtted.⁵⁶⁴

Kui erinevad kohustused (või lepingud) moodustavad aga *ühtse terviku* ja neid ei saa asjaoludest ning poolte huvidest lähtuvalt käsitleda kui osadeks jaotatavaid kohustusi, ei saa ostja (võlausaldaja) müüja ühe kohustuse täitmata jätmisel reeglina taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes ühe kohustuse (või lepingu) osas ja selline õigus eksisteerib tal üksnes tervikuna. Seevastu ühe kohustuse mittekohast täitmist tuleks käsitleda kui terviku mittekohast täitmist.⁵⁶⁵

Osalise täimisega on tegu ka juhul, kui müügilepingu ese koosneb mitmest iseseisvast asjast ja müüja täidab kohustuse mõne asja suhtes (nt müüdud mööblikomplekti puhul annab müüja õigeaegselt üle diivani, kuid rikub kohvilaua ja tugitooli üleandmise kohustust⁵⁶⁶). Müüja poolt liigitunnustega eseme *kvantiteedipuudusega* tehtud sooritus tuleks aga pea alati lugeda osaliseks täitmiseks.

Küsitav on siiski, kas VÕS-i üldosa sätete järgi osaliseks täitmiseks kvalifitseeruvat **müüja osalist täitmist** saab osalise täimisena käsitleda ka müügilepingu regulatsiooni kontekstis või tuleb selline täitmine lugeda asja lepingutingimustele mittevastavuseks. Eelkõige puudutab see müüja kvantitatiivset mittetäielikku täitmist (kvantitatiivne defitsiit). Nimelt sätestab VÕS § 217 lg 1 ls 1, et ostjale üleantav asi peab vastama lepingutingimustele, *eelkõige koguse, kvaliteedi, liigi, kirjelduse ja pakendi osas*. Selliselt determineerib VÕS § 217 lg 1 asja lepingutingimustele mittevastavusena ka ebaõiges koguses seisneva müüja rikkumise ehk võrdsustab soorituse kvantitatiivse puudujäägi asja lepingutingimusele mittevastavusega. Seega

⁵⁶⁰ Vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 327.

⁵⁶¹ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 161.

⁵⁶² Seda muidugi eeldusel, et ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise üldised eeldused on täidetud. Vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 12; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 334.

⁵⁶³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 161; MüKo/Ernst, § 281, Rn 140; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 335.

⁵⁶⁴ MüKo/Ernst, § 281, Rn 140; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 335.

⁵⁶⁵ Vrdl Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 335–337.

⁵⁶⁶ Vt ka Looschelders (2010), Rn 625, Rn 257 ff.

on lepingutingimustele mittevastava täitmisega tegu ka nt juhul, kui müüja tarnib kokkulepitud kümne veinikasti asemel üheksa.

Mõneti üllatavalt ei ole müüja soorituse kvantitatiivne puudujääk kui asja lepingutingimustele mittevastavuse üks esinemisvorme leidnud käsitlemist kodumaises õiguskirjanduses ega Riigikohtu praktikas. Asja lepingutingimustele mittevastavusena käsitletakse üksnes müügieseme faktiliste omaduste või õigusliku seisundi puudusi.⁵⁶⁷ Autori hinnangul tuleb müüja soorituse kvantitatiivne (koguseline) puudus lugeda müügilepingu regulatsiooni kontekstis üheks asja lepingutingimustele mittevastavuse juhtumiks. Sellise tõlgenduse kasuks räägivad kaks kesket argumenti. *Esiteks* tuleneb see vahetult VÕS § 217 lg 1 sõnastusest, mis nõuab asja lepingutingimustele vastavuse hindamise juures, et müügiese vastaks *eelkõige* (ehk eeskätt, kõige enam, eriti;⁵⁶⁸) kokkulepitud kogusele. *Teiseks*: regulatsiooni, mis võrdsustab kvantiteedipuuduse asja lepingutingimustele mittevastavusega, eeskujuks saab pidada BGB § 434 lg 3,⁵⁶⁹ mille järgi ei vasta müügiese lepingutingimustele mh juhul, kui müüja kohustuse rikkumine seisneb *aliud*-sooritusel või osadeks jaotatava kohustuse puhul *osalisel täitmisel*. Sellist regulatsiooni õigustatakse BGB kirjanduses eelkõige põhjendusega, et see aitab ennetada keerulisi piiritlemis- ja tõlgendusprobleeme ning ühtlustab ostja õigusi müüja erinevat liiki rikkumiste korral.⁵⁷⁰ Ka CISG-i art 35 lg 1 järgi on lepingutingimustele mittevastava sooritusega tegu juhul, kui müüja üleantud kogus ei vasta kokkulepitule, s.o kui müüja annab üle kas kokkulepitust vähem või rohkem kaupa.⁵⁷¹

Müüja poolt ebaõiges koguses tehtud soorituse võrdsustamine asja lepingutingimustele mittevastavuse juhtumitega tähendab, et **müüja sellisele rikkumisele tuleb kohaldada asja lepingutingimustele mittevastavuse regulatsiooni (VÕS § 217 jj)**. Eelkõige tähendab see, et ostja poolt õiguskaitsevahendite kasutamise ja müüja vastutuse osas tuleb kohaldada müügilepingu regulatsiooni erinorme ja VÕS-i üldosa normid vastavas osas kohaldamisele ei kuulu.⁵⁷² Käesoleva töö puhul on eeltoodu oluline eelkõige pidades silmas VÕS § 223 ja § 222 lg 5–6 regulatsiooni. S.o kuna VÕS § 223 näol on tegemist VÕS § 116 suhtes eriregulatsiooniga, ei pea ostja müüja soorituse kvantitatiivsel mittetäielikul täitmisel määrama kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tekkimiseks täiendavat tähtaega, vaid piisab, kui esinevad VÕS §-s 223 kirjeldatud asjaolud.⁵⁷³

Eeltoodust eraldiseisvana tuleks aga käsitleda juhtumeid, kus pooled on kokku leppinud mitmes *iseseisvas põhikohustuses* ja müüja täidab üksnes ühe või mõne neist.

⁵⁶⁷ Vt nt VÕS Komm II/Käerdi, § 217, lk 41 jj.

⁵⁶⁸ Vt Eesti keele seletav sõnaraamat, <http://www.eki.ee/dict/ekss/>. Kohtud peavad seaduse tõlgendamisel lähtuma maksimaalselt seaduses sätestatust, üksnes sellisel juhul on tagatud, et hea usu põhimõttega opereerimine ei riku isikute õigust õiguspärasele ootusele ja õiguskindlusele, vt TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 416.

⁵⁶⁹ VÕS Komm II/Käerdi, § 217, lk 41.

⁵⁷⁰ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 29; vt ka Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 33.

⁵⁷¹ Vt ka MüKoHGB/Benicke, art 35, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 35, Rn 9; CISG art 35 lähtub sarnaselt VÕS §-le 217 asja lepingutingimustele mittevastavuse ühtsest mõistest ja sellega on hõlmatud nii kvaliteedi- kui ka kvantiteedipuudused, samuti aliud-sooritus ja pakkimisvead, vt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 35, Rn 4.

⁵⁷² VÕS Komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 32 jj; vt täpsemalt ptk 3.2.

⁵⁷³ Vt selle kohta täpsemalt ptk 3.2.3; Sein (2012), lk 719 jj.

Sellisel juhul ei saa autori hinnangul rääkida soorituse kvantitatiivsest (koguselisest) puudujäägist VÕS § 217 lg 1 ls 1 tähenduses, mistõttu ei tohiks sellistele juhtumitele laieneda ka asja lepingutingimustele mittevastavuse regulatsioon.⁵⁷⁴ Eelnevalt kirjeldatud õlitsisterni tarnelepingu näite puhul ei oleks tsisterni tagasivõtmiskohustuse rikkumine käsitletav müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse juhtumina VÕS § 217 tähenduses ning lepinguga seotud erinevad põhikohustused tuleks lugeda iseseisvateks kohustusteks ja leping tervikuna osadeks jaotatavaks VÕS § 115 lg 4 tähenduses.

Kui erinevad kohustused (või lepingud) moodustavad aga ühtse terviku ja neid ei saa asjaoludest ning poolte huvidest lähtuvalt käsitleda kui osadeks jaotatavaid kohustusi, tuleks müüja rikkumine lugeda mittekohaseks täitmiseks ja nõude ulatuse osas tuleks lähtuda VÕS § 115 lg 1 põhimõtetest.⁵⁷⁵

3.1.2 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine

Eelnevalt analüüsiti müüja osalise täitmise mõistet ja leiti, et müüja poolt ebaõiges koguses müügieseme üleandmist tuleb käsitleda asja lepingutingimustele mittevastavusena VÕS § 217 tähenduses. Ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatusele laienevate piirangute kontekstis toob see kaasa tulemuse, et VÕS § 115 lg-e 4 regulatsioon ei ole sellisel juhul kohaldatav ja nõude ulatuse piirangute osas tuleb lähtuda põhimõtetest, mis laienevad müüja poolt lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisele.⁵⁷⁶

Kui müüja osaline täitmine seisneb ühe või mitme *iseseisva põhikohustuse* täitmata jätmises või selliste kohustuste mittekohases täitmises,⁵⁷⁷ tuleks autori hinnangul ostja nõude *ulatuse piirangute osas* lähtuda VÕS § 115 lg 4 ls 1 sätestatud põhimõtetest. Sarnasele tulemusele on jõutud ka Saksa õiguses, kus märgitakse, et kui võlausaldaaja soovib mitme iseseisva põhikohustuse olemasolul nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise (s.o kõigi soorituste) asemel, võib ta seda teha üksnes juhul, kui ta on osalise soorituse, s.o müüja poolt mitmest kohustusest üksnes mõne täitmise vastu huvi kaotanud.⁵⁷⁸ See tuleneb arusaamast, et kuna iseseisvate põhikohustuste korral on müüja sooritus osadeks jaotatavad, peaks ostjal olema õigus nõuda kahju müüja kogu täitmise (s.o müüja kõigi soorituste) asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi (VÕS § 115 lg 4 ls 1). Seega tuleb sellisel juhul nõude ulatuse piirangute osas lähtuda VÕS § 115 lg 4 ls-s 1 sätestatud *mutatis mutandis*.⁵⁷⁹ Lihtsustatult kokku võetuna – müüja poolt ühe kohustuse *mittetäitmisel* saab ostja nõuda müüjalt kas konkreetse kohustuse väärtuse hüvitamist või rikutud kohustuse

⁵⁷⁴ Vt näidete kohta ptk 2.4

⁵⁷⁵ Vt ptk 2.4.

⁵⁷⁶ Vt selle kohta ptk 3.2.4, samuti ptk 2.4.

⁵⁷⁷ Vt näidete kohta ptk 2.4.

⁵⁷⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 161; MüKo/Ernst, § 281 Rn 140; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 335.

⁵⁷⁹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 140; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 335.

osas asendustehingu tegemisele kantud lisakulude hüvitamist.⁵⁸⁰ Ühe iseseisva põhikohustuse *mittekohasel* täitmisel võib ostja omal valikul nõuda kas kahju hüvitamist kogu rikutud põhikohustuse täitmise asemel või üksnes piiratult, s.o puudutavalt selle rikutud põhikohustuse mittekohasust.⁵⁸¹ Viimasel juhul saab ostja nõuda müüjalt kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe hüvitamist või soorituse mittekohasuse kõrvaldamiseks kantud või tulevikus kantavate kulude hüvitamist.⁵⁸²

Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist müüja kõigi iseseisvate põhikohustuste täitmise asemel tuleb aga kõne alla üksnes juhul, kui müüja ühe kohustuse mittetäitmise või mittekohase täitmisega kaotab ostja huvi ka müüja ülejäänud soorituste vastu (VÕS § 115 lg 4 ls 1). Viimast tuleb aga hinnata lähtuvalt VÕS § 115 lg 4 ls 1 üldpõhimõtetest.⁵⁸³

3.2 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel asja lepingutingimustele mittevastavuse korral

3.2.1 Asja lepingutingimustele mittevastavus ja lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused lepingu osana

3.2.1.1 Asja lepingutingimustele mittevastavus

Müüja kohustuste mittetäitmisest ja osalisest täitmisest tuleb eristada spetsiifilist müüja kohustuste rikkumise liiki, milleks on asja lepingutingimustele mittevastavus (VÕS § 217). Selline eristamise vajadus on tingitud asjaolust, et VÕS-i müügilepingu regulatsioon näeb müüja poolt lepingutingimustele mittevastava asja üleandmise seisneva rikkumise puhuks ette mitu erinevat, millel on vahetu mõju ostja õigustele ja kohustustele.⁵⁸⁴ Alljärgnevalt käsitletakse lühidalt asja lepingutingimustele mittevastavuse mõistet ehk selgitatakse koosseise, millistel puhkudel müügilepingu eriregulatsioon kohaldamisele kuulub.⁵⁸⁵

Asja lepingutingimustele mittevastavuse olemusest tuleneb, et tegemist on sellise kohustuse rikkumisega, kus müüja on küll müügieseme ostjale VÕS § 209 tähenduses üle andnud ja reeglina võimaldanud ostjale ka omandiõiguse tekkimise,⁵⁸⁶ kuid müügieseme ei vasta VÕS § 217 sätestatud kvaliteedi- ja kvantiteedinõuetele. Õiguskirjanduses märgitu kohaselt ei ole asja lepingutingimustele vastavuse tagamise näol tegemist asja üleandmise kohustuse ja ostjale asja suhtes omandiõiguse võimalda-

⁵⁸⁰ Näidete kohta vt ptk 1.3.2, põhjalikult ptk 2.4, asendustehingu kulude hüvitamise kohta vt ka ptk 5.

⁵⁸¹ Vt ptk 3.2.4.

⁵⁸² Vt ka ptk 1.3.2, ptk 2.4. ja ptk 3.2.4.

⁵⁸³ Vt selle kohta ptk 2.4 ja ptk 3.1.1.

⁵⁸⁴ Vt ka VÕS KommII/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–218 juurde, lk 31 jj, lk 33 jj; vt ka ptk 3.2.2–3.2.4 ja ptk 3.2.6.

⁵⁸⁵ Kuna töö eesmärk ei ole asja lepingutingimustele mittevastavuse detailne analüüs, piirdatakse asja lepingutingimustele mittevastavuse mõiste üldise piiritlemisega.

⁵⁸⁶ Peamine erand on seotud omandireservatsiooniga, kus müüja on küll täitnud omapoolsed kohustused, kuid omandiõigus asjale tekib täiendava tingimuse, eelkõige kogu ostuhinna tasumise järgselt, VÕS § 233.

mise kohustuse kõrval müüja täiendava põhikohustusega.⁵⁸⁷ Riigikohtu seisukoht asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse tähendusest on mõneti ebaselge. Nii on Riigikohus märkinud, et müüja poolt lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisel on ostjal õigus kasutada kinnipidamisõigust VÕS § 111 järgi.⁵⁸⁸ VÕS § 111 kohaldamine eeldab aga võlgniku (müüja) poolt vastastikuse kohustuse rikkumist, millena reeglina tulevad kõne alla üksnes poolte vastassuunalised põhikohustused.⁵⁸⁹ Selles osas on Riigikohus märkinud, et ostja ostuhinna tasumise kohustusega on vastastikune müüja kohustus anda ostjale üle müügieseme valdus ja võimaldada talle omandiõiguse tekkimine.⁵⁹⁰ Seega peaks ostjal olema õigus kasutada VÕS § 111 alusel kinnipidamisõigust üksnes juhul, kui müüja on jätnud müügieseme üle andmata või ei ole võimaldanud ostjale müügieseme suhtes omandiõigust. Siiski on Riigikohus sama lahendi, milles määratles müüja ja ostja vastastikused kohustused, järgmises lauses märkinud, et ostjal on VÕS § 111 lg-te 1 ja 3 järgi õigus keelduda ostuhinna tasumisest, kui müüdüd ese ei ole talle üle antud või kui *see on üle antud oluliste puudustega*.

Autori hinnangul on selline Riigikohtu argumentatsioon ebajärjepidev ja vastuoluline: kui esmalt Riigikohus kinnitab, et ostja ostuhinna tasumise kohustusega on vastastikuses suhtes üksnes müüja asja üleandmise ja ostjale omandiõiguse võimaldamise kohustus, siis järgmisena leitakse, et ostja võib VÕS § 111 järgi keelduda ostuhinna tasumisest ka müügieseme oluliste puuduste korral. Selline Riigikohtu seisukoht ei vasta loogika reeglitele. Kas sellest võib järeldada, et asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse näol on Riigikohtu hinnangul tegemist müüja põhikohustusega, on samuti ebaselge. Samas näib, et just sellist tulemust on Riigikohus mõõnnud. **Võrdlusena on kohane välja tuua**, et VÕS § 208 lg 1 regulatsiooni kõige vahetum eeskujusäte⁵⁹¹ BGB § 433 loeb asja lepingutingimustele vastavuse tagamise müüja põhikohustuseks.⁵⁹² Kuna Eesti õiguses puudub ühtne seisukoht, kas asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse näol on tegemist müüja põhi- või kõrvalkohustusega, samuti ei ole küsimus leidnud suuremat analüüsi õiguskirjanduses, lähtub autor doktoritöö kontekstis sellest, et asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse näol ei ole tegemist müüja põhikohustusega.⁵⁹³

Asja lepingutingimustele vastavuse kriteeriumid sätestab VÕS § 217, mille esimese lõike kohaselt peab asi vastama lepingutingimustele *eelkõige* koguse, kvaliteedi, liigi, kirjelduse ja pakendi osas. Lepingutingimustele peavad vastama ka asja juurde kuuluvad dokumendid (lg 2).⁵⁹⁴ Kuna seadus kasutab lepingutingimustele mitte-

⁵⁸⁷ Vt VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 3–6.

⁵⁸⁸ Vt RKTko 3-2-1-42-12, p 11, samuti vrdl RKTko 3-2-1-80-08, p 33.

⁵⁸⁹ VÕS Komm I/Kõve, § 111, lk 365; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 111, lk 533; vt ka RKTko 3-2-1-50-06, p 15: „*Ostuhinna tasumise kohustus on vastastikune (sünallagmaatiline) kohustus hageja kohustusega anda müüjana kostjale 1 kui ostjale üle nii müüdüd eseme (praegusel juhul uste) valdus kui ka omand.*”

⁵⁹⁰ RKTko 3-2-1-50-06, p 15.

⁵⁹¹ VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 2.

⁵⁹² Vt ka Jauernig/Berger, § 433, Rn 20-21; Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 1–2; Schulze/Saenger, § 433, Rn 10; Riehm, § 433, Rn 296.

⁵⁹³ Selline seisukoht on kahtlemata vaieldav.

⁵⁹⁴ Asja lepingutingimustele mittevastavuse kohta täpsemalt vt VÕS Komm II/Käerdi, § 217 kommentaarid.

vastavuse kriteeriumide kirjeldamisel konstruksiooni *eelkõige* (s.o ennekoike, eriti), siis võib asja lepingutingimustele mittevastavus seisneda ka muude kriteeriumide rikkumises, eelkõige kui pooled on selles selgesõnaliselt kokku leppinud või tuleneb see lepingu olemusest või eesmärgist, samuti lepingu sõlmimise asjaoludest vms. Müügiese ei vasta lepingutingimustele VÕS § 217 tähenduses ka juhul, kui müüja kohustuse täitmine seisneb kvantiteedipuuduses ehk ebapiisavas koguses.⁵⁹⁵ *Aliud*-soorituse ehk mittetäitmise ning asja lepingutingimustele mittevastavuses seisneva rikkumise eristamisel kehtib reegel, et *aliud*-soorituseks saab pidada üksnes sellise asja üleandmist, mis erineb kokkulepitust niivõrd oluliselt, et ostjale üleantut tuleb pidada kokkulepituga võrreldes muuks asjaks.⁵⁹⁶

Asja lepingutingimustele mittevastavuseks saab seega (teatud mõõndustega) lugeda sellised juhtumid, kui asi ei vasta kvaliteeditingimustele.⁵⁹⁷ Asja kvaliteedinõuetele vastavuse alla kuuluvad asja vastavus lepingutingimustele liigi, kirjelduse, pakendi ja dokumentatsiooni osas (VÕS § 217 lg 1).⁵⁹⁸ VÕS § 217 lg 2 määrab ära, millal müüdnud asi ei vasta lepingutingimustele.⁵⁹⁹ Nii ei vasta üleantud asi lepingutingimustele, kui sellel ei ole:

- kokkulepitud omadusi (p 1);
- asi ei sobi eesmärgipäraseks kasutamiseks ja otstarbeks (lg 2 p 2);⁶⁰⁰

⁵⁹⁵ Vt selle kohta ptk 3.1.1.

⁵⁹⁶ Vt 2.1.3; samuti VÕS Komm II/Käerdi, Sissejuhatus §-de 217–228 juurde, lk 31.

⁵⁹⁷ Selline jaotus on kahtlemata tinglik ja kannab üksnes lugemise hõlbustamise eesmärki. Kvaliteeditingimustele mittevastavuse võib omakorda jagada asja faktilisteks puudusteks ja õiguslikeks puudusteks. Asja lepingutingimuste mittevastavuse erijuhtum on müüja poolt kvantitatiivse mittetäieliku soorituse tegemine (n-ö osaline sooritus), vt selle kohta ptk 3.1.1.

⁵⁹⁸ Riigikohus on asja juurde kuuluvateks dokumentideks pidanud näiteks müüdnud veoki kasutusjuhendit. Riigikohtu hinnangul on tegemist dokumendiga, mis on mõistlikult vajalik veoki eesmärgipäraseks ja ohutuks kasutamiseks (vt RKTko 3-2-1-171-14, p 12); otsuses 3-2-1-84-06, p 14 jj on Riigikohus märkinud, et korteriomandi esmamüügi korral võib ostja nõuda kaasomandit ja hoonet kui tervikut puudutavate dokumentide üleandmist.

⁵⁹⁹ VÕS Komm II/Käerdi, § 217, lk 42.

⁶⁰⁰ Nt on Riigikohus leidnud, et eluruumi eesmärgipärane kasutatavus eeldab mõistlikku võimalust see soojaks kütta, samuti peab korter olema mõistlikult soojapidav. Kui korterit ei saa selle amortiseerunud küttekolde tõttu soojaks kütta, tuleb see lugeda müügieseme lepingutingimustele mittevastavuseks § 217 lg 2 p 2 tähenduses (vt RKTko 3-2-1-115-04, p 21). Lahendis 3-2-1-129-12 on Riigikohus leidnud, et eluruum ei vasta lepingutingimustele, kui selles ei ole tagatud elamiseks vajalikud elementaarsed tingimused. Uusehitiste puhul hõlmavad sellised elementaarsed tingimused veevarustust, kanalisatsiooni, piisavat päevavalgust ning elamist kestvalt häiriva püsiva olulise müra, vibratsiooni või ebameeldiva lõhna puudumist. See peaks kehtima üldjoontes ka kasutatud eluruumi ostmisel, kuigi viimaselt ei saa eeldada uue korteriga samaväärset kvaliteeti (vt otsuse p 23). Vt VÕS § 217 lg 2 p 2 järgse praktika kohta ka RKTko 3-2-1-5-12, p 29; RKTko 3-2-1-131-05, p 11 jj. Kasutatud asjade puhul tuleb Riigikohtu hinnangul arvestada sellega, et asja senisest tavapärasest kasutamisest tingitud kulumine ja sellega kaasnevad puudused, mida sarnastel uutel asjadel ei esine, ei kujuta endast veel lepingutingimustele mittevastavusi. Samas tuleb lepingutingimustele mittevastavust jaatada siis, kui asjal on puudusi, mida müüdnud asjaga võrreldavatel kasutatud asjadel tavaliselt ei esine (vt RKTko 3-2-1-23-10, p 12). Sarnasele tulemusele on Riigikohus jõudnud otsuses 3-2-1-32-00.

- asja kasutamist takistavad õigusakti sätted, kui müüja seda lepingu sõlmimisel teadis või pidi teadma (lg 2 p 3);
- kolmandal isikul on asja suhtes maksmapandav nõue või muu õigus (lg 2 p 4, lg 4);
- tarbijalemüügi korral ei vasta asi tavapärasele mõistlikult eeldatavale kvaliteedile (lg 2 p 6, lg 3).

Asi ei vasta lepingutingimustele ka juhul, kui see on tingitud ebaõigest paigaldamisest ja kui asja paigaldas müüja või tehti seda tema vastutusel, samuti kui asja paigaldas ostja ja ebaõige paigaldamine tulenes müüja poolt antud puudulikust teabest asja paigaldamise kohta (VÕS § 217 lg 5). Millised peavad olema asja omadused ning millistele tingimustele peab müügiese vastama, on pooled reeglina vabad kokku leppima. Nii prevaleerib asja lepingutingimustele vastavuse hindamisel poolte kokkulepe muude asja lepingutingimustele vastavuse hindamise kriteeriumide üle (lg 1, lg 2 p 1). Teisisõnu, kui nt pooled on kokku leppinud, et vallasasi ei pea olema pakitud tavapäraselt eeldataval viisil või ostja ostabki puudusega asja, ei saa ostja hiljem müüjale ette heita, et müügiese ei vasta lepingutingimustele VÕS § 217 järgi (vrld VÕS § 217 lg 1, lg 1 p 2, p 5 ja p 6).

3.2.1.2 Lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused lepingu osana

Eriliseks müüja kohustuse rikkumise liigiks võib pidada müüja poolt lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumist. Pooltele lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad üldised kohustused on sätestatud VÕS §-des 14–15.⁶⁰¹ Tegemist on kohustustega, mis erinevad oma eesmärgilt ja sisult klassikalistest lepingulistest sooritus- ja kõrvalkohustustest ning mille peamine sisu (üldistatuna) on kohustus mõistlikult arvestada üksteise huvide ja õigustega ning teavitada teist poolt lepingu sõlmimisega seotud olulistest asjaoludest.⁶⁰² Nii peab VÕS § 14 lg 2 kohaselt lepingueelseid läbirääkimisi pidav või muul viisil lepingu sõlmimist ettevalmistav isik teisele poolele teatama kõigist asjaoludest, mille vastu teisel poolel on lepingu eesmärgi arvestades äratuntav oluline huvi. Neist asjaoludest, mille teatamist teine pool ei saa mõistlikult oodata, ei pea teatama (VÕS § 14 lg 2 ls 2). Millistest asjaoludest tuleb lepingu sõlmimisel teisele poolele teavitada, tuleb hinnata koosmõjus TsÜS §-ga 95.⁶⁰³

⁶⁰¹ VÕS §-des 14–15 sätestatud üldistest lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevatest kohustustest tuleb eristada spetsiifilisi lepingueelseid informatsioonikohustusi, nagu nt väljaspool äriruumi sõlmistavate lepingute puhul (VÕS § 48 jj), sidevahendi abil sõlmitud lepingute (VÕS § 52 jj), tarbijakrediidilepingute (VÕS § 402 jj) sõlmimisel jms; vt ka RKTko 3-2-1-168-14, p 12; vt ka Käerdi (2008), p 209 ff. Lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste kohta põhjalikult: RKTko 3-2-1-168-14, p 12 jj; RKTko 3-2-1-50-15, p 17 jj; RKTko 3-2-1-62-13, p 15 jj; VÕS Komm I (2016)/Kull, § 14 ja § 15 kommentaarid; Kull/Parrest, lk 213 jj; Kull/Käerdi/Köve, lk 79–86; samuti võrdlevalt Lahe (2004), lk 681 jj; Tampuu (2002), lk 230 jj.

⁶⁰² Lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste kohta täpsemalt vt Parrest ; Kull/Käerdi/Köve, lk 79 jj; samuti RKTko lahendid 3-2-1-89-06, p 14 jj; RKTko 3-2-1-50-15, p 17 jj; RKTko 3-2-1-171-14, p 12; RKTko 3-2-1-62-13, p 15 jj.

⁶⁰³ Vt nt RKTko 3-2-1-50-15, p 18; RKTko 3-2-1-17-12, p 15.

Viidatud sätte järgi tuleb lepingu sõlmimisel teavitamiskohustuse juures arvestada eelkõige sellega, kas vastav asjaolu on teisele poolele ilmselt tähtis, millised eriteadmised on pooltel, millised on teise poole mõistlikud võimalused vajalike andmete saamiseks ja kui suured on tema poolt nende andmete saamiseks tehtavad vajalikud kulutused.

Müüja teavitamiskohustuse ulatuse osas on Riigikohus märkinud järgmist: VÕS § 14 lg 2 kohaldamisel tuleb arvestada sellega, kas ostja võinuks saada andmeid (mh avastada puudusi) temalt eeldatava hoolsusega üldiselt väliselt müügieset ja müüja esitatud andmeid üle vaadates ehk kas puudused, mida ostja oleks saanud ise avastada, olid varjatud puudused või mitte.⁶⁰⁴ Sealjuures kannab varjatud puudustest tulenevat müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse riski müüja, st asi ei vasta lepingutingimustele ka juhul, kui ka müüja puudustest ei teadnud. Lahendis 3-2-1-62-13 on Riigikohus leidnud, et VÕS § 14 lg 1 või 2 nimetatud kohustuste rikkumiseks on vähemalt eelduslikult see, kui potentsiaalsele ostjale ei teatata asjaoludest, mis võivad takistada müüjal müügileping täita, mh anda üle müügiesemeks oleva asja valdus või omand. Valduse üleandmine ja omandi ülemineku võimaldamine on VÕS § 208 lg 1 järgi müüja põhikohustused, mille täitmise vastu on ostjal eelduslikult alati oluline huvi. Seega on ostjal ka huvi saada teavet asjaolude kohta, mis võivad takistada müüjat neid kohustusi täitmast.⁶⁰⁵

Korteriomandi müüjale lepingueelsetest läbirääkimistest tuleneva ostja teavitamiskohustuse ulatust on Riigikohus aga laiendanud niivõrd kaugele, et müüjal ei tule lepingu sõlmimise eelselt teavitada ostjat mitte üksnes korteriomandi *reaalosa ja kaasomandi* mõttelise osaga seotud puudustest ja olulistest asjaoludest, vaid müüjal tuleb ostjat teavitada ka korteriomandiga seotud *elukeskkonnast* tervikuna, minimaalselt aga korterelamu *lähiümbrusega seotud asjaoludest*. Nii tuleb Riigikohtu hinnangul müüjal teavitada ostjat ka naaberkorteris või korterelamu aias toimuvatest sagedastest kärarikastest pidudest, valjust muusika kuulamisest, elamus võõrastele isikutele majutusteenuse pakkumisest, samuti sellest, kas korteriühistu toimib ning kas sellel on probleeme võlglastega (jne).⁶⁰⁶

Lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumise tagajärjed ja rikkumisega seotud vastutus sõltub sellest, kas pooled on läbirääkimiste tulemusena jõudnud lepingu sõlmimiseni või ei.⁶⁰⁷ Kui pooled lepingu sõlmimiseni ei jõua, puuduvad võlausaldajal (ostja) võlgniku (müüja) suhtes lepingulised õiguskaitsevahendid. Nii ei saa ostja sellisel juhul nõuda nt lepingu täitmist, alandada hinda ega lepingust taganeda, kuna see oleks vastuolus lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste olemusega. Sellisel juhul on võlausaldaja peamine õiguskaitsevahend kahju hüvitamise nõue ja hüvitamisele kuuluv kahju usalduskahju.⁶⁰⁸ Selline usalduskahju hüvitamise nõue erineb reeglina aga oluliselt lepingulise täitmishuvi realiseerimisele suunatud kahju hüvitamise nõudest, kuivõrd sellistel nõuetel on erinev eesmärk, samuti on lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevatel kohustustel lepingulistest

⁶⁰⁴ Vt ka RKTKo 3-2-1-50-06, p 19.

⁶⁰⁵ RKTKo 3-2-1-62-13, p 15.

⁶⁰⁶ RKTKo 3-2-1-43-15, p 22.

⁶⁰⁷ Vt ka Käerdi (2008), p 214 ff.

⁶⁰⁸ RKTKo 3-2-1-89-06, p 16 jj; vt ka RKTKo 3-2-1-168-14, p 11–15; Käerdi (2008), p 211–213.

kohustustest erinev kaitse-eesmärk. Nii on Riigikohus märkinud, et võlgniku poolt VÕS §-s 14 lg 3 ja §-s 15 lg 1 sätestatud kohustuste rikkumisel ei saa võlausaldajat (kahjustatud isikut) asetada kahju hüvitamisel olukorda, milles ta oleks olnud, kui läbirääkimised oleksid lõppenud tulemuslikult ning pooled oleksid sõlminud kehtiva lepingu ja selle täitnud. Nii ei saa näiteks kahjustatud isik nõuda läbirääkimiste esemeks olnud kinnistu hinna ja sama kinnistu turuhinna vahe hüvitamist.⁶⁰⁹ Teisisõnu ei saa *lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste* rikkumisel võlausaldaja reeglina nõuda lepingu sõlmimisega silmas peetud täitmishuvi hüvitamist ning tal tuleb piirduda usalduskahju kompenseerimisega.

Olukord on märkimisväärselt erinev, kui müüja ja ostja on jõudnud lepingu sõlmiseni ja müüja kohustuste rikkumine selgub alles hiljem. Sellisel juhul tuleb pooltevahelist suhet vaadelda ühtse lepingulise suhtena, mille sisuks on lisaks lepingust tekkinud kohustustele ka kohustused, mis on tekkinud juba enne lepingu sõlmimist.⁶¹⁰ Seega on lepingueelsete läbirääkimiste kohustuste rikkumine sellisel juhul käsitletav müüja lepinguliste kohustuste rikkumisena, mis annab ühtlasi ostjale õiguse kasutada lepingulisi õiguskaitsevahendeid.⁶¹¹

Millist õiguskaitsevahendit ostja müüja poolt lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumisel kasutada saab, sõltub rikutud kohustuse iseloomust. Riigikohus on märkinud, et ka VÕS § 14 lg 2 esimeses lauses sätestatud lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumine – kohustus mõistlikult arvestada teise poole huvidega – võib anda lepingupoolele õiguse lepingust taganeda ja võlausaldaja ei pea piirduma üksnes kahju hüvitamise nõudega.⁶¹² Mida selline Riigikohtu deklaratsioon tähendab ja millistel tingimustel on ostjal õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, Riigikohtu otsusest paraku ei selgu.

Autori hinnangul tuleb ostja **õiguskaitsevahendite sisu ja tagajärgede osas eristada**, millise iseloomuga lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevat kohustust müüja on rikkunud. Sellest sõltub ka müüja vastutuse sisu ja ulatus. Teisisõnu on küsimus selles, millised täiendavad õigused kaasnevad ostjale seoses asjaoluga, et müüja rikkumised kvalifitseeruvad lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumiseks. Nt kui müüja rikkumine seisneb selles, et ta ei teavitanud lepingu sõlmimise eelselt ostjat asjaoludest, mis võivad tal takistada ostja ees põhikohustuste täitmist,⁶¹³ võib lepingu sõlmimise järgselt pidada müüjat küll *lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevaid* kohustusi rikkunuks, kuid mingit täiendavat kaitset või ulatuslikumat kahjunõuet see reeglina ostjale ei anna. Sellise kohustuse rikkumise lõpptagajärg on, et müüja ei ole võimeline täitma talle müügilepingust tulenevaid põhikohustusi

⁶⁰⁹ RKTko 3-2-1-89-06, p 16; vrdl aga ka RKTko 3-2-1-168-14, p 15: „...kuigi üldjuhul tuleb usalduskahjuna hüvitada läbirääkimiste pidamisega otseselt seotud kulutused (läbirääkimistega kaasnenud sõidu- ja ajakulu, lepinguprojektide koostamise kulu jms), võib kohustuse rikkumise asjaoludest tulenevalt käsitletava kahju hüvitamise nõue hõlmata ka lepingueelsete läbirääkimiste ebaõnnestumise tõttu kasutuks muutunud muid kulutusi.”

⁶¹⁰ RKTko 3-2-1-50-15, p 17; RKTko 3-2-1-43-15, p 14; RKTko 3-2-1-171-14, p 12; RKTko 3-2-1-62-13, p 14; RKTko 3-2-1-111-07, p 14.

⁶¹¹ Vt ka RKTko 3-2-1-50-15, p 17; RKTko 3-2-1-43-15, p 14.

⁶¹² RKTko 3-2-1-43-15, p 14.

⁶¹³ Vrdl RKTko 3-2-1-62-13, p 15.

(anda ostjale üle müügieseme valdus ja võimaldada sellele omandiõigus) ja rikub oluliselt lepingut (VÕS § 116 lg 2 p 1). Müüja kohustuste mittetäitmisel (sh täitmisega viivitamisel) on ostja õigused aga tagatud tulenevalt VÕS §-st 116 lg 2 p 5 ja § 115 lg-test 1–3 niikuinii. St ostja võib müüja kohustuste olulisel rikkumisel lepingust taganeda ja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (VÕS § 116 lg 2 p 5 ja VÕS § 115 lg 2–3), samuti võib ta nõuda asendustehingule kantud kulude või hinnavahe hüvitamist.⁶¹⁴ Seega on äärmiselt küsitav, millist täiendavat lisandväärtust annab ostjale teadmine, et müüja on lisaks põhikohustuste olulisele rikkumisele jätnud täitmata ka lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevad kohustused. Seda enam, et täitmishuvist hõlmatud kahju hüvitamisele on ostjal müüja põhikohustuste rikkumisel igal juhul õigus.⁶¹⁵

Kui müüja rikkumine seisneb selles, et müüja ei ole lepingu sõlmimise eelselt teavitanud ostjat müügieseme omadustest (puudustest), realiseerub müüja rikkumine ostja jaoks asja lepingutingimustele mittevastavuses (VÕS § 217). Seega sõltumata sellest, kas lugeda müüja täiendavalt ka lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevaid nõudeid rikkunuks, vastutab müüja lõppastmes ostja ees asja lepingutingimustele mittevastavuse sätete järgi. Ka siin ei anna autori hinnangul müüjale lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumise etteheitlemine ostjale mingit täiendavat kaitset ega laienda tema õigusi: ostja kahjunõude ulatus põhineb endiselt asja lepingutingimustele mittevastavusel ning ka kahju tuleb ostjal arvestada sellest lähtuvalt (positiivse huvi hüvitamine) (VÕS § 115 lg 2–3, § 127). Sama kehtib ka ostja õiguse osas kasutada muid õiguskaitsevahendeid: ka õigus lepingust taganeda või hinda alandada põhineb sellisel juhul lõppastmes asja lepingutingimustele mittevastavusel (VÕS § 223, § 116 lg 2 p 5, § 112). See, et müüja müügieseme omadusi varjas ja rikkus VÕS § 14 järgseid kohustusi, ei oma ostja õiguste realiseerimise osas lõppastmes mingit tähendust ja tema õigusi ning nõuete ulatust ei laienda.⁶¹⁶ Seega müügieseme puudusi varjanud müüjale tema ebaaus käitumine reeglina ulatuslikumat vastutust ei tekita. Seega on äärmiselt küsitav, millist *lisandväärtust* annab ostjale teadmine, et lisaks asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumisele on müüja rikkunud ka lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevaid kohustusi. Ka siin on ostja nõuded piisavalt tagatud VÕS § 115 lg 1–3, § 116 lg 2, § 217 ja § 223 koostoimes. Küll aga võib müüja poolt ostja teavitamine müügieseme puudustest tähendada, et ostja ei saa sellistele asjaoludele tuginevalt edaspidi õiguskaitsevahendeid kasutada (VÕS § 217 lg 2 p 1, samuti § 218 lg 4).⁶¹⁷ Erandina võivad sellisel juhul kõne alla tulla üksnes garantiinõuded.

⁶¹⁴ Vt täpsemalt ptk 5.

⁶¹⁵ Vt ka ptk 2.5.2.

⁶¹⁶ Vrdl ka RKTKo 3-2-1-171-14, kus Riigikohus arutles müüja lepingueelsete läbirääkimiste kohustuste rikkumise üle, kuid lõppastmes märkis ikkagi, et nõude õigustatust tuleb hinnata VÕS § 217 järgi (vt viidatud lahendi p 12–13).

⁶¹⁷ Asja omadused (puudused), millest müüja on ostjat lepingu sõlmimise eelselt teavitanud, tuleks autori hinnangul lugeda kokkulepitud asja omadusteks VÕS § 217 lg 2 p 1 tähenduses, s.o sellisel juhul ei saa rääkida müüja poolt kohustuste rikkumisest. Alternatiivselt ei saa ostja tugineda nn puudusele, kuna ta sellest lepingu sõlmimisel teadis või pidi teadma VÕS § 218 lg 4 tähenduses. Täpne vahetegu on eelkõige teoreetilise tähendusega.

Eeltoodust tulenevalt saab pidada ostja peamiseks huviks seoses müüjale lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustustega, et müüja poolt müügieseme omaduste suhtes antud *kinnitused* saaksid lepingu osaks. Teisisõnu, kui müügieseme üleandmisel ilmneb, et müügiese ei vasta antud kinnitustele või lubadustele, peaks ostjal olema võimalus kasutada õiguskaitsevahendeid.⁶¹⁸ Nii ongi Riigikohus märkinud, et lepingueelsete läbirääkimiste raames müügieseme omaduste suhtes erinevate lubaduste või selgituste andmisel võivad need saada lepingu osaks ka siis, kui need sõlmitud lepingus eraldi ei kajastu.⁶¹⁹ Seda isegi kinnisasja müügi korral, kus kohustustehing (müügileping) peab olema notariaalselt tõestatud (AÕS § 119 lg 1). Nii on Riigikohus lahendis 3-2-1-111-07 märkinud, et kinnisasja lepingutingimustele mittevastavus võib tuleneda ka sellest, et kinnisasi ei vasta omadustele, millisena seda ostjale pärast broneerimislepingu allkirjastamist ja enne müügilepingu sõlmimist tutvustati. Kui kohustustehingu sõlmimise eelsete läbirääkimiste käigus kokkulepitu ei kajastu notariaalselt tõestatud müügilepingus, muutub see asjaõigusseaduse (AÕS) § 119 lg 2 järgi kehtivaks, kui tehingu täitmiseks on sõlmitud asjaõigusleping ja tehtud vastav kanne kinnistusraamatusse.⁶²⁰

Autori hinnangul on ka viidatud juhul äärmiselt küsitav, millist täiendavat *lisandväärtust* annab müüja tegevuse lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumiseks kvalifitseerimine.⁶²¹ Ka viidatud näites oli lõppastmes küsimus selles, kas müügiese vastas lepingutingimustele VÕS § 217 tähenduses. Viimane on aga küsimus sellest, millistele omadustele peab müügiese poolte kokkuleppe kohaselt vastama, s.o tegemist on lepingu tõlgendamise küsimusega. Kuna VÕS § 29 lg 5 p 1 järgi tuleb lepingu tõlgendamisel võtta mh arvesse lepingu sõlmimise asjaolud ja lepingueelsed läbirääkimised, siis on müügieseme mittevastavus kokkulepitud omadustele VÕS § 29 lg 5 p 1 ja § 217 järgi käsitletav müüja kohustuste rikkumisena. Sellises olukorras on autori hinnangul müüjale lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumise ettehehtmine ebavajalik ja lõppastmes sisutu: ostja ei saa sellest mingit täiendavat kaitset ei nõude aluse ega ulatuse osas. Teistsugusele järeldusele ei saa jõuda ka kehtiva kohtupraktika alusel.

Kui müüja on lepingueelsete läbirääkimiste raames andnud ostjale muid kui põhikohustuste täitmise või müügieseme lepingutingimustele vastavusega seotud selgitusi või lubadusi (nt kinnitusi), saab sellised lubadused ja kinnitused koosmõjus VÕS § 29 lg 5 p-ga 1 lugeda reeglina lepingu osaks ning sellised kokkulepped on käsitletavad müügilepinguliste kõrvalkokkulepetena (VÕS § 2 ja § 5). Kuna VÕS-i õiguskaitsevahendite süsteem lähtub *ühtsest kohustuse rikkumise mõistest*, mille üks tunnus on, et kõik rikkumised – sõltumata rikutud kohustuse iseloomust – loetakse olemuslikult võrdseks, siis saab ostja lepingust taganeda (ja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel) ka lepingueelsetest läbirääkimistest tulenevate kohustuste rikkumise tulemusena: kuna VÕS § 116 lg 2 p 5 lubab ostjal taganeda lepingust mh juhul, kui

⁶¹⁸ Sarnaselt Käerdi (2008), p 214–215; VÕS Komm II/Käerdi, § 217, lk 42.

⁶¹⁹ Tulenevalt lepinguvabaduse põhimõttest võivad kokkulepped müügieseme omaduste osas olla reeglina ka suulised, vt TsÜS § 77, VÕS § 11, vrld ka VÕS § 29 lg 5 p 2.

⁶²⁰ RKTKo 3-2-1-111-07, p 14.

⁶²¹ Vrld ka Käerdi (2008), p 214 ff.

müüja ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*, siis on ostjal ka müüja kõrvalkohustuste täiendava tähtaja jooksul täitmata jätmisel (või mittekohasel täitmisel) õigus lepingust taganeda. Seda sõltumata sellest, kas rikkumine on oluline või ebaoluline.⁶²² Kuna müüja poolt tegelikkusele mittevastava kinnituse andmise tagajärg on reeglina, et müüja ei saa rikkumist täiendava tähtaja jooksul kõrvaldada (nt on müüja andnud ebaõiget infot auto väljalaskeasta või läbisõidu kohta), on ostjal üldjuhul VÕS § 116 lg 2 p 4 järgi õigus lepingust taganeda ka rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega määramata: kohustuse täitmise võimatuse korral on täiendava tähtaja määramine sisutühi ja seega ebavajalik.⁶²³ Lepingu sõlmimisel ebaõige kinnituse või lubaduse andmine õigustab reeglina ostjat lepingust taganema ka VÕS § 116 lg 2 p 3 järgi, s.o selline müüja käitumine kujutab reeglina kohustuste tähtlikku või vähemasti raskest hooletusest tulenevat rikkumist.⁶²⁴

Eelnev seondub suuresti küsimusega sellest, millal saab lugeda müüjat (võlgnikku) oluliselt lepingut rikkunuks ja millistel tingimustel tekib ostjal (võlausaldajal) õigus täitmissuhte tervikuna lõpetada. On selge, et VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsioon, mis võimaldab võlausaldajal lepingust taganeda sõltumata sellest, milline on täiendava tähtaja jooksul täitmata jäänud kohustuse iseloom ja olulisus, on ebaõnnestunud ega võta piisavalt arvesse poolte huvide tasakaalustamise vajadust. Tegemist on aga õiguspoliitilise, mitte tõlgendusliku küsimusega: seadusandja tahe võimaldada võlausaldajal lepingust taganeda juhul, kui võlgnik ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*, on oma sõnastuses selge ja ühemõtteline. Kehtivast regulatsioonist möödavaatamine ja sellest küsitavate tõlgenduslike vahenditega kõrvalekaldumine ei tohiks aga õigusriigis lubatud olla.⁶²⁵

3.2.2 Nõude makspanekuga seotud erisused

3.2.2.1 Kohustuste rikkumise mittevabandatavus

Õiguskirjanduses märgitakse, et müügilepingu regulatsioon kehtestab müüja poolt lepingutingimustele mittevastava asja üleandmise puhuks vastutuse erirežiimi, erineb VÕS-i üldosa regulatsioonist müüja vastutustandardi osas.⁶²⁶ Nimelt märgitakse, et kui üldiselt kehtib VÕS-s garantiivastutuse põhimõte ja võlgnik vabaneb rikkumisega seotud vastutusest (sh kahju hüvitamise kohustusest) juhul, kui kohustuse rikkumine on vabandatav (VÕS § 103), siis VÕS § 218 lg 1 ls 1 sätestab eriregulatsioonina müüja kõrgendatud vastutuse: müüja vastutab asja lepingutingimustele mittevastavuse eest *igakordselt*, kui mittevastavus on olemas asja juhusliku hävimise ja kahjustumise riisiko üleminekul ostjale ning müüja ei saa vastutusest vabaneda ka

⁶²² Vrdl ptk 1.1.3, ptk 2.4, ptk 3.2.4, ptk 3.3.2.2; sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

⁶²³ Vt ptk 2.3.1.

⁶²⁴ Vrdl näiteks Saksa õiguses BGB § 324 ja § 283, mis annavad võlausaldajale õiguse võlgniku poolt kõrvalkohustuste rikkumisel õiguse kogu täitmisest loobuda, kui võlausaldajalt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada võlgnikuga lepinguga jätkamist.

⁶²⁵ Vt selle kohta täpsemalt ptk 5.1.2.1.2.

⁶²⁶ VÕS Komm II/Käerdi, lk 31, lk 33.

juhul, kui kohustuse rikkumine on vabandata⁶²⁷. Selline tõlgendus on küsitav ja on leidnud õiguskirjanduses tugevat kriitikat.⁶²⁸

Riigikohtu praktika asja lepingutingimustele vastavuse kohustuse rikkumisega seotud müüja vastutuse määra osas on **ebaselge ja vastuoluline**. Nii on Riigikohus lahendis 3-2-1-156-11 märkinud, et müüjale asja lepingutingimustele mittevastavuse eest rakenduva vastutuse osas kehtivad erinormid, mille korral VÕS-i üldosa sätted rakendamisele ei kuulu ja müüja vastutus määratakse ainuüksi VÕS § 218 järgi.⁶²⁹ Sama on Riigikohus korranud lahendis 3-2-1-5-12, leides, et müüja vastutuse osas tuleb VÕS §-i 218 käsitleda erinormina VÕS § 103 suhtes.⁶³⁰ Üksnes kaks kuud hiljem on Riigikohus aga teinud lahendi, milles on selgesõnaliselt märkinud, et müüja vastutuse kontrollimisel tuleb hinnata, kas müügilepingu rikkumine ei olnud vabandata⁶³¹ VÕS § 103 järgi.

Autor ei jaga seisukohta, et VÕS § 218 tuleb käsitleda sättena, mis näeb ette asja lepingutingimustele mittevastavuse korral müüja vastutuse erirežiimi (kõrgendatud vastutusstandardi). Autori hinnangul on kirjanduses ja Riigikohtu praktikas esindatud eksitused tingitud sellest, et ei eristata piisavalt täpselt kahte kriteeriumi: ühelt poolt vastutust kui kohustuse rikkumise *etteheidetavust*; teiselt poolt vastutust kui rikkumise *müüjale omistamist* ja ostja õigust rikkumisele tugineda ning kasutada õiguskaitsevahendeid. Autori hinnangul on tegemist erinevate kontseptsioonidega, millega on seotud erinevad tagajärjed.⁶³² Kuna VÕS § 115 lg 1 ja VÕS § 105 koosmõjust tulenevalt sõltub ostja õigus nõuda kahju hüvitamist mh sellest, kas müüja kohustuse rikkumine on vabandata⁶³³, ei ole vastutusstandardi määramisega seotud küsimus pelgalt teoreetilise tähendusega.

Autori hinnangul ei ole VÕS § 218 eesmärk sätestada müüja **vastutusstandardit** (VÕS § 103 tähenduses), vaid reguleerida seda, millise ajahetke seisuga tuleb hinnata müügieseme lepingutingimustele vastavust (*rikkumise müüjale omistatavust*). Kuna müügieseme vastavus lepingutingimustele võib ajas muutuda, ei saa müüjalt eeldada, et ta vastutab müügieseme lepingutingimustele vastavuse eest tähtajatult. See tähendab, et selleks, et vältida müüja igavesti kestvate vastutuste asja lepingutingimustele vastavuse eest ja reguleerida sellega seotud eluliste riskide ostjale üleminekut, ongi seaduses sätestatud ajahetk, millest alates tuleb ostjal kanda müügiesemega seotud riisikot.⁶³⁴ Just sellise eesmärgi saavutamiseks ongi seaduses sätestatud VÕS § 218 lg 1, mille järgi kattub sellise riisiko üleminek müüjalt ostjale müügieseme juhusliku hävimise ja kahjustumise riisiko üleminekulga.⁶³⁴ Selliselt määrab VÕS § 218 lg 1

⁶²⁷ VÕS Komm II/Käerdi, lk 33–34.

⁶²⁸ Värvi/Kalamees, lk 411; Kalamees (2013), lk 85 jj; vt ka Sein (2007), lk 140 jj.

⁶²⁹ RKTKo 3-2-1-156-11, p 19, samuti RKTKo 3-2-1-100-15, p 21.

⁶³⁰ RKTKo 3-2-1-5-12, p 27.

⁶³¹ RKTKo 3-2-1-55-12, p 11, sarnaselt RKTKo 3-2-1-106-11, p 10; veel hilisemas lahendis RKTKo 3-2-1-100-15, p 21 on Riigikohus taas lugenud VÕS § 218 müüja vastutuse osas erinormiks.

⁶³² Sarnaselt Kalamees (2013), lk 86 jj.

⁶³³ Vt CISG analoogse sätte kommentaare, nt Kröll/Kröll, art 36, Rn 1–2.

⁶³⁴ Riisiko läheb müüjalt ostjale üle VÕS § 214 lg 1 kohaselt müüja poolt asja üleandmiskohustuse täitmise hetkel. Asja üleandmiskohustuse täitmise võimalused sätestab VÕS § 209 (valmispaneku-, kättetoimetamis- ja saatmiskohustus).

kindlaks, milline asja lepingutingimustele mittevastavus jääb müüja ja milline ostja riisikosse. Teisisõnu otsustatakse selle järgi, kas asja lepingutingimustele mittevastavus on üldse müüjale ülekantav või mitte: kui asja lepingutingimustele mittevastavus ei ole müüjale ülekantav, ei ole müüja lepingulisi kohustusi rikkunud ja ostja ei saa tema suhtes õiguskaitsevahendeid kasutada.

Sellist VÕS § 218 regulatsiooni eesmärki toetavad autori hinnangul ka sätte *süsteematika, päritolu ja sõnastus*. Kui asuda seisukohale, et VÕS § 218 reguleerib müüja vastutusstandardit – mitte aga asja lepingutingimustele vastavuse hindamise ajahetke –, oleks selle tulemus, et müügilepingu sätete juures puuduks regulatsioon, mis sätestaks, millise seisuga hinnatakse asja lepingutingimustele vastavust. Selline tulemus oleks aga otseselt vastuolus regulatsiooni mõtte ja sätte kujundamise eeskujuks olnud CISG art-ga 36. CISG art 36 käsitlevas kirjanduses ollakse läbivalt seisukohal, et sätte eesmärk on kindlaks määrata ajahetk, mille seisuga hinnatakse müügieseme lepingutingimustele vastavust.⁶³⁵ Samuti märgitakse, et erinevalt CISG art 36 lg 1 mõneti eksitavast sõnastusest ei ole regulatsiooni ülesandeks anda ostjale iseseisvat nõude alust.⁶³⁶ Sellest tuleneb üheselt, et ka VÕS § 218 lg 1 vahetu eeskujusätte eesmärk ei ole reguleerida müüja vastutusstandardit, vaid üksnes ajahetke, mille seisuga hinnatakse asja lepingutingimustele vastavust. Regulatsioon, mille kohaselt hinnatakse müügieseme lepingutingimustele vastavust riisiko ülemineku seisuga, on tunnustust leidnud ka paljudes teistes riikides.⁶³⁷ Eeltoodu üksnes kinnitab, et VÕS § 218 eesmärk ei ole sätestada müüja vastutusstandardit.

Täiendavalt räägib VÕS § 218 lg 1 kui müüja vastutusstandardit loova regulatsiooni vastu asjaolu, et VÕS § 105 sätestab rea õiguskaitsevahendeid, mille puhul ei ole oluline, kas rikkumine on võlgnikule etteheidetav või mitte. Nii saab ostja sõltumata müüja rikkumise vabandatavusest alandada hinda ja lepingust taganeda. Teisisõnu: kui VÕS § 218 oleks vastutuse standardit reguleeriv säte, oleks selle tulemus, et ostja saaks vastutusest sõltumatuid õiguskaitsevahendeid (sh taganeda lepingust ja alandada hinda) kasutada ka selliste asja lepingutingimustele mittevastavuste puhul, mis tekivad asja ostjale üleandmise järgselt või millest ostja lepingu sõlmimisel teadis või pidi teadma (VÕS § 218 lg 4). Selline tulemus oleks aga vastuolus VÕS § 218 lg 4 regulatsiooni mõtte ja eesmärgiga.⁶³⁸ Täiendavalt võib välja tuua, et kui tarbijalemüügi korral tähendaks VÕS § 218 lg 2 müüja vastutusstandardi reguleerimist, oleks selle tulemus, et tarbija saaks ka asja tarbijale üleandmisest kahe aasta möödudes kasutada müüja vastutusest sõltumatuid õiguskaitsevahendeid (taganeda lepingust ja alandada hinda). Selline tõlgendus oleks aga vastuolus sätte tegeliku eesmärgiga, mille järgi sätestab VÕS § 218 lg 2 tarbija jaoks õiguskaitsevahendite kasutamise õigust lõpetava

⁶³⁵ Vt nt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art, 36 Rn 1–2; MüKoCISG/Gruber, art 36 Rn 1; Kröll/Kröll, art 36, Rn 1–2; StaudingerCISG/Magnus, art 36, Rn 2.

⁶³⁶ StaudingerCISG/Magnus, art 36, Rn 2; Kröll/Kröll, art 36, Rn 1.

⁶³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 36, Rn 2; Honnold/Flechtner, Art. 36, Rn. 242.

⁶³⁸ Samuti oleks selline tõlgendus vastuolus Riigikohtu praktikaga, mille kohaselt ei saa ostja alandada hinda (s.o kasutada vabandatavusest sõltumatut õiguskaitsevahendit), kui ostja teadis või pidi teadma lepingu sõlmimisel asja lepingutingimustele mittevastavusest (vt RKTko 3-2-1-71-07, p 14). Sarnast madalama astme kohtute tõlgendust on Riigikohus tolereerinud lahendis 3-2-1-131-05; vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 218, lk 51–52; Kalamees (2013), lk 85 jj.

tähtaja.⁶³⁹ Eeltoodud näited kinnitavad, et VÕS § 218 lg 1 ls 1 regulatsiooni vastutusstandardiks lugemisega kaasnevad seaduse üldise süstemaatikaga kokkusobimatud tagajärjed, mistõttu tuleb sellist Riigikohtu praktikas ja õiguskirjanduses esindatud käsitlust pidada ebaõigeks.

Müüja vastutusstandardiga seotud problemaatika juures tuleb rõhutada, et **eranditult kõik** VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni kujundamise eeskujuks olnud normistikud näevad ette, et ostja õigus nõuda kahju hüvitamist eksisteerib üksnes juhul, kui müüja kohustuste rikkumine ei ole vabandata. Rikkumise vabandavuse (vääramatu jõu) korral ostja kahju hüvitamist nõuda ei või (vt CISG art 79, PECL art 8:101 lg 2 ja PICC art 7.4.1).⁶⁴⁰ Selline asjaolu kinnitab autori hinnangul veelgi, et sisulised põhjendused, millest tulenevalt peaks müüja vastutusstandard asja lepingutingimuste mittevastavuse puhul olema VÕS-s absoluutne,⁶⁴¹ tegelikkuses puuduvad. Teisisõnu, puudub mõistlik põhjendus, miks peaks VÕS-s kehtima niivõrd ulatuslik kahju hüvitamise kohustuse standard, kui üheski VÕS-i eeskujuregulatsioonis seda vajalikuks peetud ei ole. Teistsugune tõlgenduslik tulemus on seda küsitavam, et VÕS § 218 lg 1 ls 1 kohaldub kõikidele lepingutele, sõltumata sellest, kas müüjaks on majandus- või kutsetegevuses tegutsev isik või tädi Maali. Koormata tädi Maalisid või onu Jürkasid absoluutse kahju hüvitamise kohustusega asja lepingutingimuste mittevastavuse korral ei ole mõistlik ega põhjendatud. Kuigi küsimus müüja vastutusstandardist on suuresti dogmaatilise tähendusega – asjaolud, mil müüja rikkumine võiks olla VÕS § 103 järgi vabandata, on äärmiselt piiratud –, ei saa erandlike asjaolude esinemisel selle olulisust siiski välistada.⁶⁴²

Müüja vastutust puudutavate sätete juures tuleb täiendavalt märkida, et müügi-lepingu regulatsioon näeb ette ka kitsendused müüja vastutuse piiramise kokkulepetele. Nii sätestab VÕS § 221 lg 2 erinormina, et müüja ei või tugineda kokkuleppele, millega välistatakse või piiratakse ostja õigusi seoses asja lepingutingimuste mittevastavusega, kui müüja teadis või pidi teadma, et asi lepingutingimustele ei vasta ja ta sellest ostjale ei teatanud. Selliselt kitsendab müügilepingu regulatsioon vastuse välis-tamise kokkulepete lubatavuse ulatust võrreldes VÕS §-ga 106, mis keelab sellised kokkulepped eelkõige tahtliku rikkumise puhuks.⁶⁴³

Lõpetuseks sätestab VÕS § 237, et tarbijalemüügi korral on kokkulepped, millega piiratakse ostjale seadusest tulenevat õigust tugineda müüja lepingurikkumisele või kasutada õiguskaitsevahendeid, tühised. Vastukaaluna sellisele regulatsioonile näeb VÕS § 218 lg 2 ette, et tarbijalemüügi puhul saab ostja kasutada õiguskaitsevahendeid üksnes sellistele asja lepingutingimustele mittevastavustele tuginedes, mis *ilmnevad*

⁶³⁹ VÕS Komm II/Käerdi, § 218, lk 51.

⁶⁴⁰ Saksa õiguses on ostja kahju hüvitamise nõue veelgi piiratum. Nii sätestavad BGB § 437 p 3, § 440, § 280, § 281 ja § 276 koostoimes, et ostja võib nõuda müüjalt kahju hüvitamist üksnes juhul, kui müüja on kohustust rikkunud süüliselt. Vt Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 37; BeckOK/Faust, § 437, Rn 47–48; Jauernig/Berger, § 437, Rn 22; MüKo 7/Westermann, § 437, Rn 23, Rn 29–31; Schulze/Saenger, § 437, Rn 7; Looschelders (2012), S. 42 ff. Süülise vastutuse kohta Saksa õiguses üldiselt vt BeckOK/Unberath, § 280, Rn 31–34, § 276, Rn 5 ff.

⁶⁴¹ Vrdl Värv/Kalamees, lk 411 jj.

⁶⁴² Vt selliste näidete kohta Sein (2007), lk 142 jj; Sein (2004), lk 511 jj.

⁶⁴³ Vt ka RKTko 3-2-1-50-15, p 20; RKTko 3-2-1-115-04, p 24.

kahe aasta jooksul asja ostjale üleandmisest. Kuna puuduste ilmnemine ei ole samastatav puudustele *tuginemise ja nendest müüjale teavitamisega*, võib ostja tugineda müügieseme puudusele ka juhul, kui see ilmneb alles kaheaastase perioodi lõpus, kuid ostja poolt müüja puudustest *teavitamine* (s.o puudustele tuginemine) toimub hiljem. Küll aga peab ka tarbijast ostja järgima müüja asja lepingutingimustele mittevastavusest teavitamisega seotud kohustusi, eelkõige teavitama müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest hiljemalt kahe kuu jooksul rikkumisest teada saamisest (VÕS § 220 lg 1 ls 2).⁶⁴⁴ Kuigi ka VÕS § 218 lg 2 räägib üksnes müüja *vastutusest* asja lepingutingimustele vastavuse eest, tuleks autori hinnangul VÕS §-i 218 lg 4 tõlgendada selliselt, et müüja vastutuse all peetakse silmas asja lepingutingimustele mittevastavuse müüjale omistatavust.⁶⁴⁵ Teisisõnu, ostja ei saa VÕS §-s 218 lg 2 sätestatud perioodi möödumisel kasutada ka selliseid õiguskaitsevahendeid, mille maksmapandavus ei sõltu VÕS § 105 järgi sellest, kas müüja kohustuste rikkumise eest vastutab või ei. Vastavalt lõpetab VÕS § 218 lg 2 ka ostja õiguse lepingust taganeda ja alandada ostuhinda.

3.2.2.2 Asja lepingutingimuste mittevastavusele tuginemine (VÕS § 220–221)

VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni üldosa ei näe võlausaldajale ette üldist õigust lõpetavat tähtaega, mille möödumisel kaotab võlausaldaja õiguse tugineda võlgnikupoolsele rikkumisele. Võlausaldaja nõudeõiguste maksmapanek, sh õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, on piiratud üldise nõude aegumise regulatsiooniga (TsÜS § 146 jj).⁶⁴⁶ Lepingust taganemise kui kujundusõiguse osas näeb VÕS § 118 lg 1 ette, et õigustatud lepingupool kaotab õiguse lepingust taganeda, kui ta ei tee taganemise avaldust mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sai taganemisõigusest teada või pidi sellest teada saama.⁶⁴⁷ Hinna alandamisele, mis on samuti kujundusõigus, seadus õigust lõpetavat tähtaega aga ette ei näe.⁶⁴⁸ Ükski viidatud regulatsioonidest ei piira aga võlausaldaja õigust võlgniku rikkumisele tugineda.

Eeltoodust näeb olulise erisuse ette VÕS § 220 lg 1, mis sätestab ostjale üldise kohustuse *teavitada* müüjat mõistliku aja jooksul asja lepingutingimustele

⁶⁴⁴ Vt VÕS § 220 lg 1 ja lg 3 ning § 221 lg 1; samuti ptk 3.2.2.2.

⁶⁴⁵ Vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 218, lk 50–51.

⁶⁴⁶ Vt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise kohta täpsemalt ptk 2.6.5.

⁶⁴⁷ Säte ei piira võlausaldaja õigust tugineda kohustuse rikkumisele, vaid sätestab ajalised piirid üksnes taganemisõigusele. Selliselt näeb VÕS § 118 lg 1 ette taganemisõigust lõpetava tähtaja. VÕS § 118 lg 2 järgi on taganemine aga tühine, kui kohustuse täitmise nõue on aegunud ja võlgnik sellele tugineb.

⁶⁴⁸ Vaatama vastavasisulise regulatsiooni puudumisele on RKTKo 3-2-1-156-11, p-s 22 leidnud, et hinna alandamisele on analoogia korras kohaldatav VÕS § 118 lg 2 lepingust taganemise kohta sätestatu, s.o hinna alandamine on tühine, kui täitmise (s.o puuduse kõrvaldamise) nõue on aegunud ja võlgnik sellele tugineb. Millele tuginevalt selline analoogia on lubatav, Riigikohtu otsusest paraku aga ei nähtu. Autori hinnangul on Riigikohus väljunud õiguse mõistmise piiridest, astudes sisuliselt seadusandja rolli ning asunud kehtestama normistikku, mida seadus ette ei näe. Selline õiguskindlust murendav praktika on taunitav; vt hinna alandamise tähtaja osas ka Kalamees, (2013), lk 77 jj.

mittevastavusest pärast seda, kui ta asja lepingutingimustele mittevastavusest teada sai või teada saada pidi. Tarbijalemüügi puhul peab tarbija teavitama müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest teada saamisest kahe kuu jooksul (VÕS § 220 lg 1 ls 2). Lisaks asja lepingutingimustele mittevastavuse teavitamise kohustusele peab majandus- või kutsetegevuse raames lepingu sõlminud ostja ka asja lepingutingimustele mittevastavust *piisavalt täpselt kirjeldama* (VÕS § 220 lg 2).

Puudustest õigeaegselt **teavitamata jätmisel** on keskne tähendus ostja õigustele: kui ostja ei teata müüjale lepingutingimustele mittevastavusest õigeaegselt või ei kirjelda majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingu puhul asja lepingutingimustele mittevastavust piisavalt täpselt, ei või ostja asja lepingutingimustele mittevastavusele tugineda (VÕS § 220 lg 3). S.o ostja ei või vastavas osas müügieseme puudusele tugineda ja kasutada müüja suhtes õiguskaitsevahendeid.⁶⁴⁹ Kui teavitamata jätmine on mõistlikult vabandata, võib ostja siiski lepingutingimustele mittevastavusele tuginedes alandada ostuhinda või nõuda, et müüja hüvitaks tekitatud kahju, välja arvatud saamata jäänud tulu (VÕS § 220 lg 3 ls 2).

Periood, mille jooksul ostjal tuleb müüjat puudustest teavitada, sõltub sellest, kas ostja näol on tegemist majandus- või kutsetegevuses tegutseva isiku või muu ostjaga. Kui VÕS § 219 kohaselt on majandus- või kutsetegevuses tegutseval ostjal asja ülevaatamise kohustus, siis ülejäänud ostjatel selline kohustus puudub. Asja ülevaatamise kohustus ja müüja puudustest teavitamine on vahetus seoses: asja ülevaatamise kohustuse hetkest hakkab kulgema mõistlik aeg, mille jooksul ostjal tuleb müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest teavitada.⁶⁵⁰ S.t alates hetkest, mil ostja poolt müügieseme ülevaatus aset leidis või oleks pidanud aset leidma, hakkab professionaalse ostja jaoks kulgema tähtaeg, mille jooksul ta peab mõistlikult tuvastatavatest puudustest müüjat VÕS § 220 lg 1 tähenduses teavitama.⁶⁵¹

Millistest puudustest teavitamise tähtaeg professionaalse ostja jaoks asja ülevaatomiskohustuse täitmisega kulgema hakkab, sõltub sellest, kuhu tõmmata piir asja ülevaatomiskohustuse *sisu ja hoolsuse osas*. Riigikohus on märkinud, et asja ülevaatomiskohustus ei eelda, et ostja laseb asja lepingutingimustele vastavuse kindlakstegemiseks teha ekspertiisi, palkab selleks asjatundja või teeb selleks muid ebamõistlikke kulutusi või pingutusi.⁶⁵² Piisab, kui ostja asja väliselt ja tavapärastel ülevaatab, s.o näitab üles mõistlikku tavapärast hoolsust. Ostjalt ei saa eeldada, et tal peaksid olema asja ülevaatomiseks ja puuduste tuvastamiseks eriteadmised.⁶⁵³ Samuti ei pea ostja eeldama, et talle tarnitakse lepingutingimustele mittevastav müügiese. Sellest tuleneb, et ostja kaotab puudusele tuginemise õiguse üksnes selliste puuduste osas, mille ta oleks võinud asja ülevaatomisel tavalist hoolsust rakendades avastada.⁶⁵⁴ See tähendab ühtlasi, et varjatud puuduste korral, mida ostja ei võinuks asja temalt

⁶⁴⁹ Vt ka VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 56.

⁶⁵⁰ VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 54–56.

⁶⁵¹ VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 54.

⁶⁵² RKTKo 3-2-1-50-06, p 19.

⁶⁵³ RKTKo 3-2-1-50-06, p 19; asja ülevaatomiskohustuse sisu ja ulatuse kohta vt ka RKTKo 3-2-1-115-04, p 25; RKTKo 3-2-1-60-15, p 13.

⁶⁵⁴ RKTKo nr 3-2-1-50-06, p 19; vt ka RKTKo 3-2-1-131-05, p 13.

eeldatava hoolsusega väliselt üle vaadates avastada, ostja asja lepingutingimustele mittevastavusele tuginemise õigust ei kaota. Varjatud puudustest tuleb ostjal müüjat teavitada mõistliku aja jooksul alates puudustest teada saamisest või teada saama pidamisest. Seejuures võib ostjalt eeldatav hoolsus varieeruda sõltuvalt nt ostetud asja ainulaadsusest, komplitseeritusest, kasutuseesmärgist, väärtusest, pakendi iseärasustest jms asjaoludest.⁶⁵⁵

Mõistlik aeg, mille jooksul ostja peab müüjat puudustest teavitama, sõltub konkreetse üksikjuhtumi asjaoludest, sh lepingu esemest, puuduse olemusest, pooltevahelisest praktikast, tegevusala tavadest jms.⁶⁵⁶ Kuna tarbijalemüügi korral peab ostja teavitama müüjat puudusest hiljemalt kahe kuu jooksul puudusest teada saamisest, siis ei tohiks ka muu kui tarbijalemüügi korral müüja puudusest teavitamiseks ette nähtud mõistlik aeg olla reeglina pikem.⁶⁵⁷ VÕS § 220 reguleerimise eeskujuks olnud⁶⁵⁸ CISG art 39 järgses kirjanduses ja kohtupraktikas lähtutakse majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingute puhul enamasti **ühekuulisest n-ö rusikareeglist**.⁶⁵⁹ Kuid ka siin tuleb võtta arvesse konkreetse üksikjuhtumi eripärad, mistõttu asjaoludest tulenevalt võib mõistlik tähtaeg olla nii pikem kui ka lühem.

Lisaks puudusest õigeaegsele teavitamisele tuleb majandus- või kutsetegevuses tegutseval ostjal müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse tuginemise õiguse säilitamiseks puudust (lepingutingimustele mittevastavust) ka **piisavalt täpselt kirjeldada** (VÕS § 220 lg 2). Puuduse kirjeldamise kohustus ei tähenda, et ostja peab välja tooma asja lepingutingimustele mittevastavuse põhjuse ja sellega seotud täpsed asjaolud. Piisab, kui ostja kirjeldab puudusi lähtuvalt välisel vaatlusel tuvastatust.⁶⁶⁰ Samuti ei pea ostja puuduste kirjeldamiseks palkama asjatundjat või kasutama spetsialisti. Piisab, kui ostja kirjeldab puuduse iseloomu ulatuses, milles see on võimalik asja tavapärase välise ülevaatus tulemusena. See tähendab, et ka professionaalselt ostjalt saab puuduste kirjeldamist eeldada vaid üldiselt.⁶⁶¹

Kui ostja ei teata müüjale lepingutingimustele mittevastavusest õigeaegselt või ei kirjelda oma majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingu puhul asja lepingutingimustele mittevastavust piisavalt täpselt, ei või ostja asja lepingutingimustele mittevastavusele tugineda (VÕS § 220 lg 3). Tasakaalustamaks poolte huve, näeb seadus ette järgmised erandid, mil ostjal siiski säilib puudustele tuginemise õigus.

1. Kui ostja poolt asja lepingutingimustele mittevastavusest *teatamata jätmine* on mõistlikult vabandatav (s.o esinevad erandlikud asjaolud), võib ostja siiski lepingutingimustele mittevastavusele tuginedes alandada ostuhinda või nõuda, et müüja hüvitaks tekitatud kahju, välja arvatud saamata jäänud tulu (VÕS § 220

⁶⁵⁵ RKTko nr 3-2-1-50-06, p 19.

⁶⁵⁶ Vt sarnaselt sätte eeskujunormiks olnud CISG art 39 kohta, nt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 39, Rn 16; MüKoHGB/Gruber, art 39, Rn 6 ff.

⁶⁵⁷ VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 56.

⁶⁵⁸ VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 55.

⁶⁵⁹ Vrdl nt CISG-i kirjandus, kus rusikareegliks on kuni üks kuu, nt MüKoHGB/Benicke, art 39, Rn 8–9; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 39, Rn 17; vt ka BGH CISG-online 475 (BGH WM 2000, 481).

⁶⁶⁰ VÕS Komm II/Käerdi, § 220, lk 56.

⁶⁶¹ Vt töövõtulepingu regulatsiooni järgse VÕS § 644 lg 2 osas RKTko 3-2-1-60-15, p 13.

- lg 3 ls 2). Sätestatud erand ei ole kohaldatav, kui majandus- või kutsetegevuses tegutsev ostja rikub lepingutingimustele mittevastavuse *kirjeldamise kohustust*. Samuti tuleneb sättest, et muid õiguskaitsevahendeid (nt lepingust taganeda või nõuda kohustuse täitmist) ostja kasutada ei saa. Samuti ei saa ostja nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist. Säte ei piira ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, seda nii piiratud kui ka kogu müüja sooritusel tervikuna.⁶⁶²
2. Ostja võib lepingutingimustele mittevastavusele tugineda sõltumata sellest, et ta lepingutingimustele mittevastavusest õigeaegselt *ei teatanud*, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on tekkinud müüja tahtluse või raske hooletuse tõttu või kui müüja teadis või pidi teadma asja lepingutingimustele mittevastavusest või sellega seotud asjaoludest ja ei avaldanud seda ostjale (VÕS § 221 lg 1 p 1–2). Ka eelkirjeldatud erand kehtib üksnes asja lepingutingimustele mittevastavusest teavitamise, mitte aga puuduse kirjeldamise kohustuse rikkumise puhuks. Erinevalt VÕS § 220 lg 3 ls 2 erandist ei ole VÕS § 221 lg 1 järgi puudusele tuginemise õiguse säilimisel ostja õiguskaitsevahendite valikuõigus piiratud.

3.2.3 Täiendava tähtaja andmisega seotud erisused ja problemaatiline Riigikohtu praktika (VÕS § 223)

3.2.3.1 Täiendava tähtaja andmisega seotud erisused

VÕS § 115 lg 2 ls 1 sätestatud üldreegli järgi saab ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui ta on andnud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ning see on edutult möödunud. Kuna VÕS-i müügilepingu regulatsioon ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku osas selgesõnaliselt erisätteid ette ei näe, siis tuleks nõude esitamise õigustatuse puhul lähtuda VÕS §-st 115. Siiski on küsitav, millist tähendust omab ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule VÕS § 223 regulatsioon.⁶⁶³

VÕS § 223 kohaselt loetakse müüja müügilepingut oluliselt rikkunuks *muu hulgas siis*, kui müüja mõistliku aja jooksul pärast talle lepingutingimustele mittevastavusest *teatamist* asja ei paranda või asenda. Tarbijalemüügi puhul loetakse müüja oluliseks lepingurikkumiseks ka asja parandamise või asendamisega ostjale põhjendamatute ebamugavuste tekitamist (VÕS § 223 lg 2). Kummalgi nimetatud juhul ei pea ostja määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega ja võib muu hulgas lepingust taganeda (VÕS § 223 lg 3). Teisisõnu: ostja õigus lepingust taganeda ei sõltu sellest, kas ta on määranud müüjale täiendava tähtaja asja lepingutingimustele mittevastavuse kõrvaldamiseks või ei.⁶⁶⁴ Piisab, kui ostja teavitab müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest ja esinevad VÕS § 223 lg-tes 1–2 sätestatud asjaolud.

Järeldusele, et ostja ei pea asja lepingutingimustele mittevastavuse tõttu lepingust taganemiseks määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, on *ühes lahendis* jõudnud ka Riigikohus, märkides järgmist: „*Kolleegium ei nõustu*

⁶⁶² Ostja nõude ulatuse kohta vt ptk 2.4.

⁶⁶³ Vt VÕS § 223 regulatsiooni ja selle kohaldamisproblematika kohta põhjalikult ptk 3.2.3.

⁶⁶⁴ Vt selle problemaatika kohta ka Sein (2012), lk 719 jj; Kalamees (2010), lk 796 jj.

*alama astme kohtute seisukohaga, et müügilepingu olulise rikkumisega on tegemist ainult siis, kui ostja nõuab enne asja parandamist. VÕS § 223 lg 1 viimase alternatiivi kohaldamise eelduseks on see, et ostja teatab müüjale asja lepingutingimustele mittevastavusest, mitte lepingu täitmise nõude esitamine õiguskaitsevahendina. Pärast seda, kui ostja on müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest teavitanud, on müüjal võimalik rikkumine VÕS § 107 kohaselt heastada. Kui ta seda mõistliku aja jooksul ei tee, on ta VÕS § 223 lg 1 viimase alternatiivi järgi oluliselt lepingut rikkunud ning ostjal on õigus lepingust taganeda.”*⁶⁶⁵

VÕS § 223 regulatsiooni tulemus on, et see võimaldab minna mööda VÕS § 116 lg 2 p-s 5 sätestatud üldpõhimõttest, et kõrvaldatava rikkumise korral saab ostja lepingust taganeda üksnes peale täiendava tähtaja edutut möödumist.⁶⁶⁶ Teisisõnu, erinevalt VÕS § 116 lg 2 p-st 5 ei ole VÕS § 223 järgi müüja kohustuste rikkumise oluliseks lugemisel tähtis, et ostja oleks määranud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja. Rikkumise oluliseks lugemisel piisab, kui ostja *teavitab müüjat asja lepingutingimustele mittevastavusest* ja müüja ei kõrvalda seejärel puudusi mõistliku aja jooksul.⁶⁶⁷

Millist tähendust omab aga VÕS § 223 regulatsioon kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule? Kuigi reeglina võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 1), siis *ebaloogiline ja ka ebamõistlik oleks tulemus*, kus ostja – teavitanud müüjat müügieseme lepingutingimustele mittevastavusest – saaks mõistliku aja edutul möödumisel küll lepingust taganeda, kuid ei võiks nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, nt parandamiskulude hüvitamist VÕS § 115 lg 1 või VÕS § 222 lg 5 järgi. Selline tulemus oleks seda vastuolulisem, et ostja parandamiskulude nõue kahjustab müüja huve eelduslikult oluliselt vähem kui lepingust taganemine: nii säilib ostja poolt parandamiskulude nõude maksmapanekul müüjal endiselt õigus kogu ostuhinnale ning müüja jaoks lepinguga seotud lõplik kasu on ostuhind, millest on maha arvestatud asja parandamiskulud. Seevastu lepingust taganemise tulemusena lõpeb müüja õigus ostuhinnale tervikuna ja juba tasutud ostuhind tuleb tal ostjale tagastada (VÕS § 189 lg 1). Seega oleks tulemus, kus VÕS § 223 asjaolude esinemisel oleks ostjal küll õigus lepingust taganeda, kuid õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel puudub, poolte huvisid arvestades ebamõistlik.⁶⁶⁸

VÕS § 115 lg-d 2 ja 3 ei näe selgesõnaliselt ette, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine on seotud võlgniku poolt kohustuse olulise rikkumisega. Küll aga langevad VÕS § 115 lg 3 ja § 116 lg 2 koostoime tulemusena kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise materiaalsed eeldused suuresti kokku.

⁶⁶⁵ RKTko 3-2-1-11-10, p 11; Riigikohtu valdav praktika on siiski, et ostja peab määrama rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja, vrdl RKTko 3-2-1-80-10, p 12, samuti RKTko 3-2-1-18-09, p 14.

⁶⁶⁶ Vt RKTko 3-2-1-80-10, p 12; Sein (2013), S. 17 ff.

⁶⁶⁷ Sarnaselt Sein (2012), lk 719; Kalamees (2010), lk 798; sarnaselt VÕS Komm II/Käerdi, § 223, lk 64.

⁶⁶⁸ Võrdlusena saab siin välja tuua, et BGB-s on võlausaldaja lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku materiaalsed eeldused teadlikult ühtlustatud, vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 7; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 13.

Nii saab võlausaldaja VÕS § 115 lg 2 ja lg 3 koostoimes kõigil neil juhtudel, mil VÕS § 116 lg 2 loeb võlgniku kohustuse rikkumise oluliseks, nõuda koheselt (s.o täiendavat tähtaega määramata) kahju hüvitamist täitmise asemel.⁶⁶⁹ Seega saab väita, et seadusandja on soovinud ühtlustada kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise materiaalsed eeldused selliselt, et alati, kui võlausaldajal on õigus lepingust taganeda, on tal ka õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Selliselt oleks tõlgendus, kus ostja võib VÕS § 223 asjaolude esinemisel lisaks lepingust taganemisele nõuda ka kahju hüvitamist täitmise asemel, kooskõlas seaduse üldise süstemaatikaga. Nagu eelnevalt juba märgitud, oleks teistsugune tulemus ka ebaloogiline, kallutades ostjat kasutama lepingust taganemise õiguskaitsevahendit, mis aga lõpetab pooltevahelise täitmissuhte täielikult ja koormab müüjat oluliselt enam.

Kas teadlikult või tänu juhusele, aga näib, et ka Riigikohtu praktikast võib jõuda järeldusele, et VÕS § 223 regulatsioon peaks lisaks õigusele lepingust taganeda andma ostjale ka õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Nii on Riigikohus lahendis nr 3-2-1-145-14 märkinud, et VÕS § 647 lg 3 asjaolude esinemine, s.o töövõtja poolt mõistliku aja jooksul pärast talle lepingutingimustele mittevastavusest teatamist puuduse parandamata jätmine, võib anda tellijale ühtlasi aluse lepingust taganeda *VÕS § 116 lg 2 p 4 alusel*.⁶⁷⁰ Võttes arvesse, et VÕS § 223 – reguleerides küll müügilepingulisi suhteid – on oma sisult ja eesmärgilt VÕS § 647 analoog, saab asuda seisukohale, et VÕS § 223 sätestatud asjaolude esinemisel on ostjal VÕS § 115 lg 3 ja § 116 lg 2 p 4 koostoimes tulenevalt lisaks lepingust taganemisele õigus nõuda ka kahju hüvitamist täitmise asemel. Veelgi enam, viidatud Riigikohtu lahendi p-s 27 on Riigikohus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku õigust VÕS § 647 asjaolude esinemisel veelgi laiendanud, märkides, et kui võlgnik pärast talle lepingutingimustele mittevastavusest teatamist puudusi mõistliku aja jooksul ei kõrvalda, on ühtlasi eelduslikult tegemist VÕS § 115 lg 3 järgse olukorraga (s.o VÕS § 115 lg 3 alt 1), st sellisel juhul on asjaoludest tulenevalt ilmne, et täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust.

Eeltoodu põhjal saab väita, et **VÕS § 223 on kohaldatav nii lepingust taganemisele kui ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele**. Ühtlasi tähendab see, et kui reeglina peab ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseks andma müüjale puuduste kõrvaldamiseks täiendava tähtaja, siis VÕS § 223 järgi piisab ostja poolt *puudustest teavitamisest ja seejärel mõistliku aja edutust möödumisest*.⁶⁷¹

⁶⁶⁹ Vrdl VÕS § 116 lg 2 p 1–4 ja § 115 lg 3.

⁶⁷⁰ Vt RKTko 3-2-1-145-14, p 25; Vt ka RKTko 3-2-1-112-16, p 19; VÕS § 116 lg 2 p 4 sätestab, et olulise lepingurikkumisega, mis õigustab lepingust taganema täiendavat tähtaega määramata, on tegemist ka juhul, kui kohustuse rikkumine annab kahjustatud lepingupoolele mõistliku põhjuse eeldada, et teine lepingupool ei täida kohustusi ka edaspidi.

⁶⁷¹ Võrdluseks: suure osa Saksa õiguskirjanduse järgi on nõue, et tarbija peab tarbijalemüügi-lepingust taganemiseks määrama müüjale eelnevalt täiendava tähtaja, vastuolus tarbijalemüügi direktiivi art 3 lg 5 p-ga 2 (Vt Schürholz, S. 252 koos viidetega rikkalikule kirjandusele.); Saksa õiguskirjanduses märgitakse, et tarbijalemüügi direktiivi järgi on tarbija õigus lepingust taganeda seotud üksnes mõistliku tähtaja edutu möödumisega (Vt Unberath (2005), S. 28.) ja et direktiiv otseselt keelab tarbijale täiendava tähtaja määramise kohustuse panemist (Koch (2010), S. 1638.). Vt põhjalikult Mayer/Schürnbrand, S. 551 ff. Küll aga peaks olema lubatud nõue, et tarbija peab

Sellisel realiseerub müüja õigus n-ö teiselele täitmisele (s.o õigusele kõrvaldada puudused oma vahenditest) seeläbi, et tal on puudustest teada saamise järgselt võimalus aktiivselt sekkuda rikkumise kõrvaldamisse ja pakkuda täitmist. Tulemuselt ja toime-mehhanismilt sarnaneb selline müüja õigus puudused oma vahenditest kõrvaldada heastamise instituudiga.⁶⁷² Seega jätab VÕS § 223 regulatsioon poolte kommunikatsiooniriski müüja kui lepingut rikkunud poole kanda.⁶⁷³

Kuivõrd VÕS § 223 annab selles kirjeldatud asjaoludel ostjale **piiramatu taganemisõiguse**, s.o ostja võib lepingust taganeda sõltumata rikkumise raskusest või ulatusest, siis peaks see ühtlasi õigustama ostjat nõudma ka kahju hüvitamist *kogu täitmise asemel*.⁶⁷⁴ Ebaloogiline oleks tulemus, kus ostja saab küll taganeda lepingust, kuid kahju hüvitamist kogu täitmise asemel nõuda ei saa. Kuna sellisel juhul võiks ostja sarnase tulemuse saavutada lepingust taganemise ja kahjunõude kombineerimisel, oleks sätte piiratud kohaldamine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele lõppastmes sisutühi.

Täiendav erisus seoses nõude maksmapanekuga tulenevalt asja lepingutingimuste mittevastavusest seondub maksmapanekul täiendava tähtaja määramise (või puudusele tuginemise) **avalduse täpsuse nõudega**.⁶⁷⁵ Nii peab asja lepingutingimuste mittevastavuse kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja avaldusest (puudusele tuginemisest) selguma, milliste kohustuste täitmist ja rikkumiste kõrvaldamist ostja müüjalt soovib.⁶⁷⁶ Kuigi selline nõue ei tulene otseselt seaduse tekstist, seondub selline nõue täiendava tähtaja andmise sisu ja eesmärgiga.⁶⁷⁷ St müüja jaoks peab olema selge, mida ostja talle ette heidab. Eeltoodu ei tähenda aga, et nt asja lepingutingimustele mittevastavuse korral tuleks puudusi või nende põhjusi üksikasjalikult

puudustele tuginevalt nõudma müüjalt täitmist, vt põhjalikult problemaatika kohta MüKo 7/Ernst, § 323, Rn 51 ff, MüKo 7/Westermann, § 440, Rn 3. Kuna VÕS § 223 võimaldab ostjal taganeda lepingust ka täiendavat tähtaega määramata ja taganemisõiguse tekkimiseks on piisav, et müüja ei kõrvalda asja lepingutingimustele mittevastavust mõistliku aja jooksul ostja poolt puudusele tuginemisest, on VÕS § 223 kooskõlas tarbijalemüügi direktiiviga. Märkimisväärne on aga, et VÕS § 223 kohaldamisala ei piirne tarbijalemüügilepingutega, laienedes kõigile müügilepingutele sõltumata müüja ja ostja isikust (sh B2B, C2C ja C2B lepingud).

⁶⁷² Vt ka Pavelts/Sein, p 149 ff; vt ka Sein (2012), lk lk 718 jj.

⁶⁷³ Vt Pavelts/Sein, p 159. Ekslik on Kõve seisukoht, mille järgi põhineb kahju hüvitamise täitmise asemel nõue parandamisnõudel ja seda esitamata ei peaks saama täitmist asendavat kahju nõuda, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 596. Seadus parandamisnõude (täitmisnõude) esitamise kohustust ette ei näe, opereerides üksnes täiendava tähtaja määramise kohustusega (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Viimase osas on erisätteks aga VÕS § 223.

⁶⁷⁴ Ka siin saab lähtuda argumentatsioonist, et lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude materiaalsed eeldused (sh nende ulatuse osas) peaksid kattuma. Vt ptk 2.3.2. Ekslik on Kõve väide, et VÕS §-i 223 tuleb kohaldada koos VÕS § 115 lg-ga 4, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 596. VÕS § 115 lg 4 laieneb üksnes osalise täitmise, mitte aga mittekohase täitmise juhtumitele, vt ptk 3.1.1 ja 3.1.2.

⁶⁷⁵ Vt Saksa õiguses Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 9.

⁶⁷⁶ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 38.

⁶⁷⁷ MüKo/Ernst, § 281, Rn 33.

kirjeldada. Piisab, kui ostja avaldusest on mõistlikult arusaadav, miks ta sooritust ei aktsepteeri.⁶⁷⁸

Eeltoodust tuleneb ühtlasi, et sellistele rikkumistele tuginevalt, mille osas ostja ei ole müüjale (vähemalt kaudselt) täiendavat tähtaega määranud, ei saa ostja täitmisenõudelt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele üle minna, samuti ei saa ostja sellistele puudustele tuginevalt lepingust taganeda.⁶⁷⁹ Seda põhjusel, et vastasel juhul ei realiseeru selliste rikkumiste osas, mille kõrvaldamiseks ostja täiendavat tähtaega ei ole määranud, täiendava tähtaja andmise eesmärk.⁶⁸⁰ Näide: ostja O määrab müüjale M täiendava tähtaja pikkusega kaks kuud elamu katuse lekete ja maja ventilatsioonisüsteemi probleemide kõrvaldamiseks. Vahepealsel perioodil ilmneb, et tulenevalt kehvast ventilatsioonist vohab maja keldris hallitusseen. Kuna O ei ole tuginenud hallitusseenele kui müügieseme lepingutingimustele mittevastavusele ega määranud selle kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, ei saa ta kahe kuu möödudes taganeda lepingust ettekäändel, et M ei ole täiendava tähtaja jooksul kõrvaldanud hallitusseent (vrld VÕS § 116 lg 2 p 5, VÕS § 223). O saab nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja lepingust taganeda, kui M ei kõrvalda täiendava tähtaja jooksul katuse ja ventilatsioonisüsteemiga seotud probleeme.

Autori hinnangul saab eeltoodud Saksa õiguskirjanduses esitatud kaalutlused lugeda mõistlikeks ja nendega tuleb nõustuda. Kui täpne peab olema ostja avaldus ja selles märgitud rikkumise kirjeldus, sõltub suuresti üksikjuhtumi asjaoludest. Tõlgendamisraskused seonduvad siin eelkõige mittekohase täitmise juhtumitega, mil müüjale peab olema tagatud piisavalt selge arusaam, kuidas tal tuleks rikkumisele reageerida. Seega peaks piisama, kui ostja kirjeldab, milles puudus tema jaoks seisneb ja nt millist funktsiooni ese ei täida.⁶⁸¹ Oluline on aga, et ostjal tuleks iga puudus, mida ta müüjale ette heidab, eraldi välja tuua.⁶⁸² Kui müüja kohustus seisneb aga mittetäitmisel,⁶⁸³ piisab võlausaldaja poolt viitest täitmise nõudmisele, kuna sellisel juhul puudub rikkumise täpsustamiseks reeglina vajadus.⁶⁸⁴

3.2.3.2 Problemaatiline Riigikohtu praktika (VÕS § 223)

Õiguskirjanduses ollakse seisukohal, et VÕS § 223 näol on tegemist regulatsiooniga, mis täiendab VÕS § 116 aluseid ja annab VÕS-i üldregulatsiooni kõrval ostjale *eraldiselvaluse* lepingust taganemiseks asja lepingutingimustele mittevastavuse korral.⁶⁸⁵

⁶⁷⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 38; BGH NJW 2010, 2200; VÕS §-ga 220 sarnane puuduste kirjeldamise ja nendest müüja teavitamise kohustus eksisteerib aga HGB § 377 järgi B2B tehingute puhul.

⁶⁷⁹ Vt sarnaselt Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 281, Rn 33–34, § 323 Rn 62, Rn 88 ff.

⁶⁸⁰ Vrdl ka Mankowski (2003), S. 452.

⁶⁸¹ PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 9.

⁶⁸² Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 9.

⁶⁸³ Vt ptk 2.2.1.

⁶⁸⁴ Vt ptk 2.2.1. põhjalikult Höffmann, S. 142–144.

⁶⁸⁵ VÕS Komm II/Käerdi, § 223, lk 63–64; Sein (2012), lk 719–720. Samasisulisele järeldusele on õiguskirjanduses jõutud ka VÕS § 647 osas, mis reguleerib tellija õigust taganeda töövõtu-lepingust töö lepingutingimustele mittevastavuse korral. Vt VÕS Komm III/Käerdi, § 647, lk 87–88.

Ka Riigikohus on *ühes lahendis* kinnitanud, et müüja loetakse müügilepingut oluliselt rikkunuks mh VÕS § 223 sätestatud asjaolude esinemisel.⁶⁸⁶ Sarnasele järeldusele on Riigikohus jõudnud ka hiljutises töövõtulepingu vaidluses, rõhutades, et töövõtja poolt kohustuste rikkumise olulisust tuleb hinnata mh lähtuvalt VÕS § 647 reguleeritud erisättest.⁶⁸⁷ Eelnevast tuleneb, et müüja tuleb lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisel lugeda lepingut oluliselt rikkunuks ka juhul, kui ta ei paranda või asenda asja mõistliku aja jooksul pärast talle lepingutingimustele mittevastavusest teatamist.⁶⁸⁸ Seejuures on märkimisväärne, et VÕS § 223 loeb müüja rikkumise oluliseks *sõltumata sellest*, kas asja lepingutingimustele mittevastavus on objektiivselt oluline või ei. Teisisõnu, mis tahes asja lepingutingimustele mittevastav (sh ebaoluline), mida müüja mõistliku aja jooksul talle teavitamisest ei kõrvalda, annab ostjale õiguse lepingust taganeda. Selliselt vastab säte oma loogikalt VÕS § 116 lg 2 p-le 5, mis samuti lubab võlausaldajal lepingust taganeda, kui võlgnik ei kõrvalda täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist rikkumist*.

VÕS § 223 põhineb tarbijalemüügi direktiivi art 3 lg-l 5.⁶⁸⁹ Tarbijalemüügi direktiivi, mis on iseloomult miinimumharmoniseerimise vahend,⁶⁹⁰ art 3 lg 6 võimaldab piirata lepingust taganemise õigust selliselt, et ostja ei või lepingust taganeda, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on väike. Eesti seadusandja on aga pidanud vajalikuks **ostja õiguste kõrgemat kaitset**, nähes ostjale ette õiguse lepingust taganeda *mis tahes asja lepingutingimustele mittevastavuse korral*, mida müüja mõistliku aja jooksul ei kõrvalda. Kuna VÕS § 223 kohaldamisala **ei piirdu tarbijalemüüglepingutega**, laienedes kõikidele müügilepingutele sõltumata lepingupooltest, annab säte *igale ostjale* (nii C2C, B2B, C2B lepingutes) õiguse lepingust taganeda, kui sättes märgitud eeldused on täidetud. Seda sõltumata sellest, kas asja lepingutingimustele mittevastavus on materiaalselt oluline või ei.

Kuigi VÕS § 223 näeb ette eriregulatsiooni, millal tuleb müüja lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisel lugeda kohustusi oluliselt rikkunuks, on **Riigikohtu praktika** sätte kohaldamisel **märkimisväärselt ebajärjepidev**. Mitmes tsiviilasjas on Riigikohus sätte olemasolu ja selle tähendust *vaikides eiranud*, lahendades küsimuse müüja kohustuste rikkumise olulisusest VÕS § 116 järgi. Nii on Riigikohus näiteks tsiviilasjas 3-2-1-43-15, kus pooled vaidlesid müügiesemeks olnud korteri lepingu-

⁶⁸⁶ RKTKo 3-2-1-11-10, p 11. Samas on Riigikohus märkinud, et kõrvaldatava puuduse korral tuleb lepingust taganemiseks määrata reeglina täiendav tähtaeg, vt RKTKo 3-2-1-80-10, p 12. Seega võib väita, et Riigikohtu praktika on vastuoluline. Kuna VÕS § 223 näol on tegemist aga erinormiga, tuleb lugeda tõlgendus, mis nõuab lepingust taganemiseks täiendava tähtaja määramist, ebaõigeks. Vt ka Sein (2012), lk 719 jj.

Tuleb tõdeda, et tegemist on sisuliselt ainukese lahendiga, kus Riigikohus on asja lepingutingimustele mittevastavuse korral hinnanud müüja rikkumise olulisust VÕS § 223 alusel. Praktiliselt kõikides ülejäänud vaidlustes on Riigikohus olulise lepingurikkumise juures lähtunud VÕS § 116 regulatsioonist.

⁶⁸⁷ RKTKo 3-2-1-145-14, p 25.

⁶⁸⁸ Ostja poolt täitmisenõude esitamise vajalikkuse kohta vt Sein (2012), lk 719; Kalamees (2010), lk 798.

⁶⁸⁹ VÕS Komm II/Käerdi, § 223, lk 63.

⁶⁹⁰ Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, p 646. Vt ka tarbijalemüügi direktiivi põhjendus nr 24 ja art 8 lg 2.

tingimustele vastavuse üle, leidnud, et korteriomand ei vasta lepingutingimustele VÕS § 217 tähenduses mh juhul, kui korterelamu korteriühistut koormab võlg, korteriühistu ei funktsioneeriks korralikult ja korteriomandi elektrijuhtmestik on puudustega. Kuna tegemist oli asja lepingutingimustele mittevastavuse juhtumiga, siis oleks Riigikohus pidanud asuma hindama rikkumise olulisust VÕS § 223 alusel. Selle asemel, jättes VÕS § 223 regulatsiooni täielikult käsitlemata, asus Riigikohus vaagima, millal saab lugeda müüja oluliselt lepingut rikkunuks VÕS § 116 järgi, leides kokkuvõtteks, et ei ole välistatud, et asjas tuvastatud müüja rikkumised võivad anda aluse lepingust taganeda.⁶⁹¹ Seejuures ei nähtu kahetsusväärset kohtuotsusest põhjendusi, mis oleks Riigikohtu hinnangul andnud alust eirata VÕS § 223 regulatsiooni.

Teise näitena võib tuua tsiviilasja 3-2-1-157-12, mille raames pooled vaidlesid kinnisasja lepingutingimustele vastavuse üle. Madalama astme kohtud tuvastasid, et kuna kinnisasjal ilmnemine muinsuskaitsealises piirangus, millest müüja ei olnud lepingu sõlmimisel ostjat teavitanud, ei vastanud müügiese lepingutingimustele VÕS § 217 tähenduses.⁶⁹² Kuna ostja soovis asja lepingutingimustele mittevastavuse tõttu lepingust taganeda, vaidlesid pooled ka selle üle, kas ostjal oli lepingust taganemise õigus ja kas ostja oli taganemisavalduse esitanud tähtaegselt VÕS § 118 lg 1 järgi. Riigikohus, hinnates müüja kohustuste rikkumise olulisust, analüüsis taas küsimust üksnes VÕS § 116 alusel, jättes VÕS § 223 regulatsiooni täielikult tähelepanuta. Selgitusi, mis sellist seaduse kohaldamist õigustaksid, Riigikohtu otsusest ei ilmne.

Kolmandaks võib osutada tsiviilasjale 3-2-1-147-11, mille vaidluse keskmeks oli müügieseme vastavus lepingutingimustele ja ostja õigus lepingust taganeda. Müüja müüs ostjale erinevaid šampoone-dušigeele-küünelakke jms, millest osadel ilmnemine kvaliteedipuudused nii tootes kui ka pakendil. Kuna pooled vaidlesid ostja õiguse üle lepingust taganeda müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse tõttu, tuli Riigikohtul kontrollida müüja kohustuste rikkumise olulisust VÕS § 116 ja § 223 alusel. Taas hindas Riigikohus müüja kohustuste rikkumise olulisust üksnes VÕS § 116 järgi, jättes VÕS § 223 regulatsiooni mis tahes selgitusi esitamata tähelepanuta. Seda isegi vaatamata asjaolule, et ostja oli VÕS § 223 kohaldamise vajadusele menetluses korduvalt viidanud. Riigikohus märkis otsuses järgmist: „*Asja uuel läbivaatamisel tuleb ringkonnakohtul hinnata muu hulgas seda, kas mittekvaliteetsete kaupade puhul oli tegemist kaupade müügiepingut arvestades olulise lepingurikkumisega VÕS § 116 mõttes, mis andis aluse kaupade müügiepingust taganeda.*”

Neljanda näitena saab välja tuua tsiviilasja 3-2-1-80-10, kus hageja oli müünud kostjale kinnisasja, millel olnud ehitisel ilmnemine varjatud puudused VÕS § 217 tähenduses.⁶⁹³ Kuna pooled vaidlesid selle üle, kas ostjal oli tulenevalt asja lepingutingimustele mittevastavusest õigus lepingust taganeda, tulnuks Riigikohtul hinnata kohustuste rikkumise olulisust VÕS § 223 järgi. Riigikohus lahendas aga vaidluse üksnes VÕS § 116 alusel. Riigikohtu otsusest ei nähtu taaskord põhjendusi, mis õigustanuks VÕS § 223 regulatsiooni kohaldamata jätmist.

⁶⁹¹ RKTKo 3-2-1-43-15 p 14 jj, p 20.

⁶⁹² RKTKo 3-2-1-157-12.

⁶⁹³ RKTKo 3-2-1-80-10.

Kokkuvõttes võib märkida, et tsiviilasjad, kus Riigikohus on asja lepingutingimustele mittevastavuses seisneva müüja kohustuste rikkumise olulisuse hindamisel jätnud VÕS § 223 regulatsiooni kohaldamata, moodustavad enamiku juhtumitest, kus asja lepingutingimustele mittevastavuse olulisust on Riigikohtus käsitletud. Selle tulemusena on VÕS §-st 223 saanud **juhuslikult kohaldamisele kuuluv erand**, mitte aga reegel, nagu näeb ette seaduse regulatsioon. Autori hinnangul on tulemus, kus Riigikohus järjepidevalt eirab vaidluste lahendamisel seaduse *selgesõnalist ja ühemõttelist regulatsiooni*, esitamata seejuures mis tahes sätte kohaldamata jätmist õigustavaid põhjendusi, taunitav ja lubamatu. Selline tulemus ei ole mitte üksnes vastuolus seaduse regulatsiooniga, vaid pärsib oluliselt õiguskindlust. Ka Riigikohus, olles küll seaduse tõlgendamise kõrgeim institutsioon, ei tohi kehtivast regulatsioonist mööda vaadata. Vastasel juhul võtab Riigikohus *de facto* üle seadusandliku võimu rolli, mis on aga kokkusobimatu õigusriigi põhimõtetega.

Seaduse kehtivast regulatsioonist tuleb eristada küsimust, kas VÕS § 223 regulatsioon on õiguspoliitiliselt õnnestunud. Autori hinnangul tuleb sellele vastata eitavalt. VÕS § 223 regulatsioon, mis lubab sõltumata asja lepingutingimustele mittevastavuse olulisusest taganeda lepingust või nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, ei võta mõistlikult arvesse poolte huvide tasakaalustamise vajadust. Teisisõnu, mitte igasugune ebaoluline või isegi marginaalne rikkumine ei tohiks anda ostjale õigust lepingust taganeda (või nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel). Seetõttu oleks autori hinnangul mõistlik täiendada VÕS § 223 regulatsiooni selliselt, et ostja ei või lepingust taganeda ega nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on vähetähtis. Autor pakub välja täiendada VÕS § 223 lg-t 3 teise lausega *de lege ferenda* järgmiselt:

„Ostja ei või lepingust taganeda ega nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on vähetähtis.”

Selline muudatus tagaks ühelt poolt, et ostja ei saa kuritarvitada lepingust taganemise õigust ja taganeda lepingust üksnes vähetähtsa või marginaalse rikkumise korral. Teiselt poolt oleks täiendus kooskõlas tarbijalemüügi direktiivi art 3 lg-ga 6, mis lubab piirata lepingust taganemise õigust juhuks, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on vähene.

Kokkuvõtteks tuleb märkida, et Riigikohtu praktika VÕS § 223 kohaldamisel on **ebajärjepidev ja tugevalt problemaatiline**. Riigikohus eirab VÕS § 223 regulatsiooni sisu ja tähendust, jättes enamikel juhtudel sätte ilma igasuguste selgitusteta kohaldamata. Sellist praktikat ei saa heaks kiita isegi olukorras, kus regulatsiooni saab õiguspoliitiliselt lugeda ebaõnnestunuks. Kehtiva regulatsiooni kitsaskohtade ületamine peaks toimuma seaduse muutmise, mitte aga seaduse eiramise teel.

3.2.4 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine

Kui ostjal on müüja poolt lepingutingimustele mittevastava asja üleandmise tõttu tekkinud õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, seondub ostja peamine huvi müüja sooritusdefitsiidist põhjustatud vahetu kahju kõrvaldamisega. Nii võib ostja

asja lepingutingimustele mittevastavuse korral nõuda puuduse kõrvaldamiseks kantud või tulevikus kandmisele kuuluvate kulutuste hüvitamist,⁶⁹⁴ samuti võib ostja nõuda asja lepingutingimustele mittevastavusest tingitud asja madalama väärtuse ja puudusteta asja väärtuse vahe hüvitamist.⁶⁹⁵ Millisel viisil ostja kahju arvestab, kas lähtuvalt puuduste kõrvaldamise kuludest või väärtuste vahest, on üksnes ostja otsustada ja müüja ostjale kahju arvestamise viisi dikteerida ei saa. Seega saab ostja arvestada kahju selliselt, kuidas talle on meelepärasem või kasulikum.

Näiteks müüb M O-le väikelaeva „Moonika”, millel ilmnevad kahjustused. Puuduste kõrvaldamise kulu (remonttööde tellimine) on 20 000 EUR, samas kui puudusega väikelaeva turuväärtus on 30 000 EUR võrra madalam. O võib valida, kas ta nõuab M-lt puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamist summas 20 000 EUR või puudustest tingitud hinnavahe hüvitamist 30 000 EUR.

Oluliselt keerulisem on küsimus sellest, kas ja millistel tingimustel võib ostja müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse korral nõuda kahju hüvitamist *kogu müüja soorituse asemel*, s.o loobuda müüja sooritusest tervikuna ja nõuda müüja soorituse (tervikuna) väärtuse hüvitamist või asendustehingule kantud hinnavahe lisakulu hüvitamist.⁶⁹⁶ Nagu ptk-s 2.4 analüüsitud, seab ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatusele piirid VÕS § 115 lg 4 ls 1, mille järgi võib ostja müüja kohustuste *osalisel täitmisel* nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi.⁶⁹⁷ Muid piiranguid VÕS-i üldosa ega müügilepingu regulatsioon ostja nõude ulatusele ette ei näe.

Kuna asja lepingutingimustele mittevastavus *ei ole käsitletav müüja osalise täitmisena* VÕS § 115 lg 4 ls 1 tähenduses, siis ei laiene ostja nõude ulatusele ka VÕS § 115 lg 4 ls 1 järgne piirang.⁶⁹⁸ Seega tuleb ostja nõude ulatuse õigustatuse osas lähtuda VÕS § 115 lg 2 ls-s 1 sätestatust. Kuna viimane võlausaldaja nõude ulatusele mingeid piiranguid ei sea, on ostja *vaba otsustama*, kas ta nõuab müüjalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult (puudutatavalt asja lepingutingimustele mittevastavust).⁶⁹⁹ Selline tõlgendus on ühtlasi kooskõlas põhimõttega, et lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise materiaalsed eeldused peaksid kattuma.⁷⁰⁰ Samuti harmoneerub see VÕS § 116 lg 2 p 5 ja § 223 regulatsiooniga: mõlemad viidatud sätted lubavad ostjal loobuda müüja täitmisest tervikuna (s.o lepingust taganeda), kui müüja täiendava tähtaja jooksul (VÕS § 116 lg 2 p 5) või mõistliku aja möödudes ostja poolt puudustest teavitamisest

⁶⁹⁴ Vt ptk 1.3.2, ptk 2.4, ptk 2.5.

⁶⁹⁵ Vt ptk 1.3.2, ptk 2.4; MüKo/Ernst, § 280, Rn 66; BeckOK/Faust, § 437, Rn 57; Jauernig/Berger, § 437, Rn 20; BT-Drucks 14/6040, S. 224.

⁶⁹⁶ Vt kahju kogu täitmise asemel nõude ulatuse kohta ptk 1.3.2 ja ptk 2.4.

⁶⁹⁷ Vt osalise täitmise mõiste kohta ptk 3.1.1 ja ptk 2.4.

⁶⁹⁸ Vt osalise täitmise mõiste kohta ptk 3.1.1 ja ptk 2.4.

⁶⁹⁹ Vt täpsemalt ptk 2.4.

⁷⁰⁰ Vt ptk 2.3.2; eelduste võrdluse kohta täpsemalt ptk 4.4.3.3, vrdl Saksa õiguses BGB § 281 ja § 323, õiguskirjanduses märgitakse, et selline eelduste kokkulangevus on seadusandja teadlik otsus, vt nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn A 7; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 12–13; BT-Drucks 14/6040, S. 137, 138.

rikkumist ei kõrvalda (VÕS § 223).⁷⁰¹ VÕS § 116 lg 2 p 5 ja VÕS § 223 järgi võib ostja taganeda lepingust, kui müüja ei kõrvalda täiendava tähtaja jooksul mis tahes asja lepingutingimustele mittevastavust. Nagu märgitud ei oma seejuures tähendust, kas lepingutingimustele mittevastavus on materiaalselt oluline või ei.⁷⁰²

Samuti oleks ebaloogiline ja ebamõistlik, kui asja lepingutingimustele mittevastavuse korral oleks ostjale küll tagatud õigus lepingust taganeda, kuid tal puuduks õigus nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Sellisel tõlgendusel saaks ostja soovitud eesmärgi ikkagi saavutada, taganedes esmalt lepingust ning nõudes seejärel hinnavahe või asendustehingule kantud lisakulude hüvitamist VÕS § 135 lg 1 ja 2 järgi. Kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude raames võib ostja nõuda müüjalt müügieseme väärtuse (turuhinna) hüvitamist või asendustehingule kantud või tulevikus kandmisele kuuluvate kulutuste hüvitamist.⁷⁰³ Sellisel juhul on müüjal õigus nõuda ostjalt viimasele üleantud müügieseme tagastamist (VÕS § 115 lg 4).⁷⁰⁴

Regulatsiooni, mille järgi võib ostja nõuda asja lepingutingimustele mittevastavuse korral täiendava tähtaja edutul möödumisel kahju hüvitamist kogu täitmise asemel sõltumata rikkumise ulatusest ja olulisusest, tuleb autori hinnangul pidada ebaõnnestunuks. Selline regulatsioon ei võta mõistlikult arvesse poolte huvide tasakaalustamise vajadust, mistõttu tuleks autori hinnangul VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni muuta. Seejuures oleks autori hinnangul kohane võtta eeskuju BGB §-st 281,⁷⁰⁵ mis eristab võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel lähtuvalt sellest, kas võlgniku rikkumine seisneb mittetäitmisel, osalises täitmisel või mittekohases täitmisel.⁷⁰⁶ Tagamaks muudatuse kooskõla VÕS §-ga 223, tuleks sarnaselt *de lege ferenda* korras täiendada ka VÕS § 223 lg 3.⁷⁰⁷

3.2.5 Nõude konkurents VÕS § 222 lg 5 järgse kulutuste hüvitamise nõudega

Selline ostja kahju hüvitamise nõue, mille esemeks on müügieseme puuduse kõrvaldamiseks kantud kulutuste hüvitamine, on käsitletav kahju hüvitamise nõudena täitmise asemel.⁷⁰⁸ Mõneti üllatuslikult ei ole sellise kahjunõude näol aga tegemist ainsa nõudega, mille kaudu ostja saab nõuda müüjalt puuduste kõrvaldamiseks kantud

⁷⁰¹ Vt ptk 2.4. Sellisel juhul ei kohaldu ka VÕS § 116 lg 3 piirang, mis laieneb üksnes ositi täitmise juhtumitele ja mittekohast täitmist ei puuduta, vt ptk 4.4.3.3.2.

⁷⁰² Vt ptk 3.2.3.2.

⁷⁰³ Vt näidete ja nõude arvestamise kohta põhjalikumalt ptk 1.3.2 ja ptk 2.4.

⁷⁰⁴ Vt täpsemalt ptk 4.5.

⁷⁰⁵ BGB § 281 lg 1 tekst: „(1) Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. Hat der Schuldner die Leistung nicht wie geschuldet bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nicht verlangen, wenn die Pflichtverletzung unerheblich ist.”

⁷⁰⁶ Vt *de lege ferenda* ettepaneku sõnastuse kohta ptk 2.4.

⁷⁰⁷ Vt selle kohta ptk 3.2.3.2.

⁷⁰⁸ Vt ptk 1.3.1.

kulutuste hüvitamist. Nii sätestab VÕS § 222 lg 5, et kui ostja nõuab õigustatult asja parandamist ja müüja ei tee seda mõistliku aja jooksul, võib ostja asja ise parandada või lasta seda teha ning nõuda müüjalt selleks tehtud mõistlike kulutuste hüvitamist. Seega võimaldab seadus saavutada ostjal kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega silmas peetud eesmärgi (parandamiskulude hüvitamine) ka asja parandamise (täitmise) nõude raames. Et VÕS § 222 lg 5 järgse nõude näol ei ole tegemist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude, vaid täitmisenõudega, on korduvalt kinnitanud ka Riigikohus.⁷⁰⁹ Järgnevalt analüüsitakse ostja VÕS § 222 lg 5 järgse parandamisenõude eeldusi ning nõude tähendust ja vajalikkust kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kõrval.

Kuigi olemuslikult samale eesmärgile suunatud, on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude (VÕS § 115 lg 1 alt 2) ja parandamisenõude (VÕS § 222 lg 5) eeldused mõnevõrra erinevad. VÕS § 222 lg 5 järgi peavad nõude maksmapanekuks esinema järgmised asjaolud:⁷¹⁰

1. müüja on rikkunud asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustust ja müügieseme puudus on talle omistatav (VÕS § 217, § 218);
2. ostja ei ole kaotanud puudusele tuginemise õigust (VÕS § 220–221);⁷¹¹
3. ostja on õigustatult nõudnud müüjalt asja parandamist (VÕS § 222 lg 5);
4. müüja ei paranda asja mõistliku aja jooksul (ostja poolt parandamisenõude esitamist) (VÕS § 222 lg 5);
5. ostja on asja ise parandanud või lasknud selle parandada (VÕS § 222 lg 5);
6. asja parandamisele kantud kulud on mõistlikud (VÕS § 222 lg 5).

Kui mõlema nõude üldised eeldused (p-d 1–2) kattuvad, siis nõuete maksmapanemise peamised erinevused võib kokku võtta järgmiselt.

1. Kui kahjunõude esitamisel (VÕS § 115) peab ostja üldjuhul andma müüjale täiendava tähtaja puuduste kõrvaldamiseks,⁷¹² siis täitmisenõude (VÕS § 222 lg 5) puhul piisab, kui ostja esitab müüjale *parandamisenõude*.⁷¹³ Ostja poolt täiendava tähtaja

⁷⁰⁹ Vt nt RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

⁷¹⁰ Vt nõude maksmapaneku üldiste eelduste kohta RKTko 3-2-156-11, p 19; RKTko 3-2-1-62-08, p 11 ja RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

⁷¹¹ Mõnevõrra küsitav on, kas VÕS §-d 220–221 sätestavad ostja nõude esitamise eeldused või annavad need müüjale vastuväite esitamise õiguse. Sellest sõltub mh, kas kohus peab selliseid asjaolusid kontrollima *ex officio* või üksnes müüja poolt sellistele asjaoludele tuginemisel (vastuväite esitamisel). Kuna VÕS § 220 lg 3 tulenevalt *ei või ostja asja lepingutingimustele mittevastavusele tugineda, kui ta ei teata müüjale lepingutingimustele mittevastavusest või ei kirjelda oma majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingu puhul asja lepingutingimustele mittevastavust piisavalt täpselt*, toetab seaduse sõnastus autori hinnangul tõlgendust, et tegemist on nõude esitamise eelduse, mitte müüja vastuväitega. Seda põhjusel, et seadus näeb selgelt ette ostja puudusele tuginemise õiguse *ipso iure*, seevastu vastuväidete puhul räägib seadus reeglina võlgniku õigusest keelduda teatud kohustuse täitmisest (vt VÕS § 110, § 111) või taotleda võlgniku nõude vähendamist (nt VÕS § 113 lg 8 ja § 162).

⁷¹² Vt täpsemalt ptk 2.2, müügieseme lepingutingimustele mittevastavusega seotud erisuste osas vt ptk 3.2.3.1.

⁷¹³ Seadus eristab asja lepingutingimustele mittevastavuse teate esitamist ja täitmise nõudmist, vrdl VÕS § 222 lg 6, mille kohaselt kaotab ostja õiguse nõuda müüjalt asja parandamist või asendamist, kui ta ei nõua seda müüjalt üheaegselt teatega asja lepingutingimustele mittevastavuse kohta või mõistliku aja jooksul pärast teate esitamist.

määramist või müüja hoiatamist, et puuduse kõrvaldamata jätmisel kavatseb ostja nõuda kõrvaldamisega seotud kulud müüjalt sisse, seadus ei nõua. Piisav ei ole ka, kui ostja nõuab (sh õigustatult) asja parandamise asemel selle *asendamist*.

Kui müüja ostja parandamisnõudele õigeaegselt või adekvaatselt ei reageeri, võib ostja täiendavat tähtaega määramata nõuda müüjalt parandamiskulude hüvitamist. Sellest tuleneb, et müüja peab ainuüksi ostja poolt parandamisnõude esitamisel arvestama riskiga, et puuduste vabatahtlikul kõrvaldamata jätmisel tuleb tal potentsiaalselt kanda täiendavaid kulutusi seoses ostja tagasinõudega.⁷¹⁴

2. Ostja on asja ise *parandanud või lasknud selle parandada* ning kandnud sellega seotud kulu.

Kui ostja poolt kahju hüvitamise nõude maksmapanek ei eelda, et ta oleks kulud (kahju) juba kandnud⁷¹⁵, siis VÕS § 222 lg 5 kohaselt saab ostja nõuda müüjalt üksnes *juba kantud* kulude hüvitamist.⁷¹⁶ Nii on Riigikohus nt märkinud, et ehitusvigade parandamise kulude hüvitamise nõude välistab asjaolu, et selliseid kulutusi ei ole veel kantud.⁷¹⁷

Eelnevast tulenevalt võiks lihtsustatuna väita, et Riigikohus on VÕS § 222 lg 5 järgse parandamisnõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude (VÕS § 115 lg 1) eristamisel lähtunud peamiselt kriteeriumist, kas ostja on hüvitisnõude esemeks olevad kulud juba kandnud või nõutakse puuduste kõrvaldamiseks tulevikus kantavate kulude (kahju) hüvitamist. Sellest ei saa siiski järeldada, et ostja saab juba kantud puuduste kõrvaldamise kulu (kahju) hüvitamist nõuda üksnes VÕS § 222 lg 5 alusel ning tingimustel. Teisisõnu, ekslik oleks arvata, et VÕS § 222 lg 5 näol on tegemist juba kantud parandamiskulude (kahju) müüjalt sissenõudmise osas eksklusiivse regulatsiooniga.

Asjaolu, et ostja on puuduste kõrvaldamise kulu (kahju) juba kandnud, *ei välista* ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel VÕS § 115 lg 1 alusel.⁷¹⁸ Kahju hüvitamise regulatsioonist ei tulene, et võlausaldaja saab nõuda üksnes tulevikus kantavate kulude (kahju) hüvitamist. Kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks kantud kulud (kahju) kvalifitseeruvad kahjuks VÕS § 127 lg 1 järgse diferentsihüpoteesi järgi sõltumata sellest, kas kulu on juba kantud või kuulub see kandmisele tulevikus.

⁷¹⁴ Vrdl VÕS § 223 ja ptk 3.2.3.1.

⁷¹⁵ Vt ptk 2.5.1.

⁷¹⁶ Nii välistab näiteks ehitusvigade parandamise kulude hüvitamise nõude asjaolu, et ostja (tellija) ei ole neid kulutusi kandnud, vt RKTko lahend nr 3-2-1-98-09, p 13, samuti RKTko 3-2-1-115-04, p 26.

⁷¹⁷ Vt RKTko 3-2-1-98-09, p 13.

⁷¹⁸ Vt ptk 2.5.1; vrdl ka CISG ja BGB: kummaski puudub VÕS § 222 lg 5 analoogne säte ja ostja õigus nõuda puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamist lahendatakse kahju hüvitamise üldsätete järgi, vt nt OGH CISG-online nr 643; AM München CISG-online nr 368; samuti nt MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 35; StaudingerCISG/Magnus, art 74, Rn 41; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 52, Rn 21 ff; MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 28; Schwenger (2011), S. 1300; BGB osas vt BeckOK/Schubert, § 249, Rn 217, 223; BeckOK/Faust, § 437, Rn 57; MüKo/Oetker, § 249, Rn 315 (kahju hetk); sisuliselt samale seisukohale võib teatud mõõndustega jõuda ka RKTko 3-2-1-145-14 alusel (vt otsuse p 27 jj); VÕS § 222 lg 5 ei välista muude õiguskaitsevahendite kohaldamist, vt VÕS Komm II/Käerdi, § 222, lk 62.

Selline eristamine on üksnes tehnilist laadi ning seondub kahju kindlaksmääramise ajamomendiga – kui tulevikus kandmisele kuuluva kahju ulatus määratakse reeglina kindlaks kohtuotsuse tegemise seisuga, siis juba kantud kulude (kahju) puhul lähtutakse kulude kandmise järgsest hetkest, s.o kuludest, mis võlausaldaja on tegelikkuses juba kandnud.⁷¹⁹ Teisisõnu, kui ostja ei saa nõuda juba kantud kulutuste hüvitamist VÕS § 222 lg 5 alusel, ei välista see ostja kulutuste (kahju) hüvitamise nõuet VÕS § 115 lg 1 järgi. Asjaolu, et VÕS § 222 lg 5 järgse parandamisnõude kõrval peab ostjale olema tagatud võimalus nõuda kulutuste (kahju) hüvitamist ka VÕS § 115 lg 1 alusel, ilmestavad järgmised näited.

Näide 1: ostja tugineb müügieseme puudustele, määramata seejuures rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega ning esitamata parandamise nõuet VÕS § 222 lg 5 järgi.⁷²⁰ Ostja teatele vastab müüja järgmisel päeval, et tema selliste puuduste eest ei vastuta ja puudusi kõrvaldada ei kavatse (vrld VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja lg 3 koosmõjus § 116 lg 2 p 4). Vältimaks kahjude suurenemist, tellib ostja seepeale kohe puuduste kõrvaldamise müüja konkurendilt X, nõudes puuduste kõrvaldamiseks kantud kulud (kahju) hiljem sisse müüjalt (VÕS § 115 lg 3 alt 1, alt 2 koosmõjus VÕS § 116 lg 2 p 4).

Näide 2: ostja teavitab müüjat müügieseme puudustest ja nõuab nende kõrvaldamist. Kuna müüja keeldub sellest kohe, laseb ostja kahjude vähendamise eesmärgil järgmisel päeval puudused kõrvaldada, ootamata ära mõistliku aja möödumist (vrld VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja 2).

Näide 3: ostja tugineb müügieseme puudustele ja nõuab asja asendamist (mitte parandamist). Müüja keeldub asja asendamisest ja teavitab, et tema selliste puuduste eest ei vastuta ja puudusi kõrvaldada ei kavatse (vrld VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja lg 3 koosmõjus § 116 lg 2 p 4).

Näide 4: müüja annab ostjale üle oluliste puudustega kinnisasja, millel ilmnenud keskkonnareostuse kõrvaldamise kulud on 30 000 EUR. Ostja teavitab müüjat puudustest ja määrab rikkumise kõrvaldamiseks mõistliku täiendava tähtaja. Kuna kinnistul on erakordselt soodne asukoht planeeritud majandustegevuse läbiviimiseks, ei soovi ostja lepingust taganeda. Ostjal puuduvad varalised vahendid puuduste kõrvaldamiseks, mistõttu tuleb tal esitada kohtusse hagi tulevikus kantavate puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamiseks.⁷²¹

Eeltoodud näidete puhul ei saaks ostja nõuda müüjalt kulude hüvitamist VÕS § 222 lg 5 alusel: esimese näite puhul ei ole ostja esitanud müüjale parandamise nõuet; teisel juhul ei ole parandamisnõude esitamisest möödunud mõistlik aeg; kolmandas näites nõuab ostja parandamise asemel müügieseme asendamist; neljandal juhul ei ole ostja parandamiskulusid kandnud, kuna tal puuduvad selleks vahendid. Samas on aga kõigi viidatud juhtumite puhul täidetud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tingimused VÕS § 115 lg 1–3 järgi: esimese, teise ja kolmanda näite puhul on tegemist VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja lg 3 koosmõjus § 116 lg 2 p 4 juhtumitega.

⁷¹⁹ Vt ptk 2.5.3.

⁷²⁰ Vrdl seadus eristab asja lepingutingimustele mittevastavuse teate esitamist ja täitmise nõudmist, vrld VÕS § 222 lg 6.

⁷²¹ Vt ka ptk 2.5.1 ja ptk 2.5.3.

Neljanda näite puhul on edutult möödunud puuduste kõrvaldamiseks antud täiendav tähtaeg (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Seega eksisteerib kõigi viidatud asjaolude esinemisel ostjal õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel – õigus nõuda puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist –, küll aga puudub ostjal kulutuste hüvitamise nõue VÕS § 222 lg 5 järgi. Samas on ilmne, et kõigi eelviidatud näidete puhul tuleks puuduste kõrvaldamise kulu ostjale hüvitada. Teistsugune tulemus ei oleks mitte üksnes vastuolus kahju hüvitamise regulatsiooni ja põhimõtetega (VÕS § 115, § 127 jj), vaid ka selgelt ebamõistlik.

Rõhutada tuleb, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sätete järgi ostjale parandamiskulude hüvitisnõude lubamisega *ei kaasne ohtu*, et müüjale ei ole tagatud mõistlikku võimalust kõrvaldada puudused oma vahenditest (nn heastamise või teisele täitmise võimaluse tagamine). Selline võimalus on müüjale tagatud vahetult tulenevalt VÕS § 115 lg 2 ls 1 regulatsioonist, s.o ostja peab määrama müüjale puuduste kõrvaldamiseks täiendava tähtaja.⁷²² Eeltoodud näidete puhul realiseerub müüja võimalus kõrvaldada puudused oma vahenditest järgmiselt: esimese, teise ja kolmanda näite puhul on müüja sellisest võimalusest loobunud, deklareerides, et ta ei soovi puudusi kõrvaldada.⁷²³ Neljanda näite puhul on müüjale tagatud puuduste kõrvaldamise võimalus täiendava tähtaja määramise kaudu.

Võttes eelnevast tulenevalt arvesse, et ostja saab VÕS § 222 lg 5 esemeks olevate kulude hüvitamist nõuda edukalt ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames ning seda selliselt, et müüjale on tagatud puuduste oma vahenditest kõrvaldamise võimalus, on VÕS § 222 lg 5 näol tegemist ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet *dubleeriva regulatsiooniga*.⁷²⁴ Sellise dubleeriva regulatsiooni kehtestamise vajalikkus on aga küsitav ja õigustehniliselt ebaõnnestunud. Autori hinnangul on tulemus, kus sama eesmärk – puuduste kõrvaldamisele juba kantud kulude hüvitamine – on saavutatav erinevate õiguskaitsevahendite kaudu selliselt, et nõude maksmapaneku eeldused ei kattu, ebamõistlik ning tekitab lõppastmes üksnes segadust. Eelkõige on problemaatiline, et kui VÕS-i üldosa regulatsiooni kohaselt saab puuduste kõrvaldamise kulude (kahju) hüvitamist nõuda üksnes täiendava tähtaja edutul möödumisel, siis VÕS § 222 lg 5 sellist loogikat ei järgi. Ühelt poolt ei pea ostja VÕS § 222 lg 5 järgi määrama täiendavat tähtaega, teiselt poolt peab aga müüja VÕS § 222 lg 5 järgi näitama ise aktiivselt üles valmisolekut rikkumine kõrvaldada. Seega ei realiseeru VÕS § 222 lg 5 raames ka täiendava tähtaja üks ülesannetest, s.o hoiatada võlgnikku võimalike negatiivsete tagajärgede eest.

Selline regulatiivne tulemus, kus seaduse üldosa põhimõtted ei harmoneeru oma loogikalt eriosa sätetega, **on autori hinnangul ebaõnnestunud**. Mõistlik ja süsteempärane oleks, kui ühele ja samale eesmärgile suunatud nõuded realiseeruksid seaduses

⁷²² Täiendava tähtaja määramise kohustus puudub VÕS § 115 lg-s 3 ja VÕS §-s 223 sätestatud asjaolude esinemisel.

⁷²³ Seega on müüja loobunud talle täiendava tähtaja määramise kohustusega tagatud kaitsest ja ostja võib nõuda kohe kahju hüvitamist täitmise asemel (VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja VÕS § 116 lg 2 p 4).

⁷²⁴ Ka CISG-s ja BGB-s (samuti DCFR-s) puudub müügilepingu sätete juures VÕS § 222 lg 5 vastav regulatsioon ning ostja saab puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamist nõuda kahju hüvitamise üldsätete alusel; vt ka RKTKo 3-2-1-145-14, mis samuti lubab kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet VÕS § 646 lg 5 kõrval (otsuse p 27 jj).

lähivalt ühe õigusliku konstruktsiooni ja loogika järgi. Selleks peaks autori hinnangul olema põhimõte, et täitmise asemel kulutuste (kahju) hüvitamist saab võlausaldaja (ostja) nõuda reeglina üksnes juhul, kui võlgnikule (müüjale) on määratud rikkumise (puuduste) kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg ja see on edutult möödunud (v.a § 115 lg 3 erandid, mil võlgnik ei vääri täiendava tähtajaga tagatud kaitset). Seega tuleks autori hinnangul VÕS § 222 lg 5 regulatsioon kui VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude üldiste põhimõtetega kokkusobimatu kas **tunnistada kehtetuks** või minimaalselt **ühtlustada** see VÕS § 115 regulatsiooniga, lisades sättesse nõude, et ostja peab määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja. Kuna tarbijalemüügi direktiiv ei reguleeri kahju hüvitamise nõudeid ega nõua ka VÕS § 222 lg 5 järgse regulatsiooni kehtestamist, oleks muudatus kooskõlas ka direktiiviga.

VÕS § 222 lg 5 kehtetuks tunnistamine või selle ühtlustamine VÕS § 115 regulatsiooniga ei kõrvalda siiski täielikult ebakõla, mis valitseb kahju hüvitamise täitmise asmel nõude üldpõhimõtete (VÕS § 115) ja VÕS-i müügilepingu regulatsiooni vahel. Nii võimaldab VÕS § 223 ostjal nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ja taganeda lepingust mh juhul, kui ta tugineb müügieseme lepingutingimustele mittevastavusele ja müüja ei kõrvalda puudust mõistliku aja jooksul.⁷²⁵ See tähendab, et ostja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (sh puuduste kõrvaldamiseks kantud või tulevikus kantavate kulude hüvitamist⁷²⁶), ilma et ta oleks määranud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja. Seega realiseerub ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel hetkel VÕS-s **kolmel erineval moel**.

- **Esiteks võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel VÕS § 115 alusel**, mille järgi tekib õigus nõuda puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist peale rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutut möödumist (VÕS § 115 lg 2).
- **Teiseks võib ostja nõuda müüjalt puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamist** VÕS § 222 lg 5 järgi. Selleks peab ostja nõudma müüjalt puuduste kõrvaldamist ja kui müüja seejärel mõistliku aja jooksul seda ei tee, võib ostja asja ise parandada või lasta seda teha ja nõuda müüjalt selleks tehtud mõistlike kulutuste hüvitamist. Erinevalt VÕS § 115 lg 2 ei pea ostja VÕS § 222 lg 5 järgi määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks (asja parandamiseks) täiendavat tähtaega.
- **Kolmandaks võib ostja nõuda asja lepingutingimustele mittevastavuse** (puuduste) kõrvaldamise kulutuste hüvitamist VÕS § 115 ja § 223 lg 1 koosmõjus, mille järgi piisab, kui ostja teavitab müüjat puudustest ja müüja ei kõrvalda seejärel rikkumist mõistliku aja jooksul. Erinevalt VÕS § 115 ei pea ostja ka siin määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendavat tähtaega, samuti ei pea ostja esitama müüjale täitmisnõuet, nagu näeb ette VÕS § 222 lg 5.

Autori hinnangul on selline regulatiivne tulemus, kus olemuslikult ühele ja samale eesmärgile suunatud nõuet on võimalik maksma panna kolmel erineval moel, ebaõnnestunud, tekitades üksnes õiguskindlusetust ja arusaamatust. Seaduse mõistmist ei

⁷²⁵ Vt ptk 3.2.4.

⁷²⁶ Vt ptk 2.5.1.

tee lihtsamaks ka kohtupraktika vastuolulisus ja ebastabiilsus.⁷²⁷ Mõistlik oleks VÕS § 223 ja § 222 lg 5 ühtlustamine üldosa regulatsiooniga selliselt, et reeglina võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (sh puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist) üksnes juhul, kui ta on andnud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja see on edutult möödunud.⁷²⁸

Kummatigi ei kõrvaldaks ka selline regulatsiooni täiendamine VÕS-i üldosa ja müügilepingu sätete vahelist ebakõla täielikult. Seda põhjusel, et sellisel juhul jääks ostjale endiselt õigus lepingust VÕS § 223 järgi taganeda. Teisisõnu, ostja saaks müüja poolt puuduste mõistliku aja jooksul kõrvaldamata jätmisel küll lepingust taganeda, kuid ei võiks nõuda näiteks puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist. Selline tulemus oleks aga ebaloogiline ja ebamõistlik, kuivõrd võimaldaks ostjal kasutada müüjat eelduslikult oluliselt ulatuslikumalt kahjustavat taganemisõigust märksa madalamatel kriteeriumidel kui nõuda puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist.

3.2.6 Nõude aegumine

Ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue aegub reeglina kolme aasta möödudes nõude sissenõutavaks muutumisest (TsÜS § 146 lg 1, TsÜS § 147 lg 2). Nõue muutub sissenõutavaks ja selle aegumine hakkab reeglina kulgema ostja poolt müüjale kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Kui võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka täiendavat tähtaega määramata (VÕS § 115 lg 3), algab nõude aegumine selliste asjaolude esinemisest.⁷²⁹ Küsitav on, millist tähendust omab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumisele VÕS § 227 lg 1, mille kohaselt algab müüdud asja lepingutingimustele mittevastavusest tuleneva nõude aegumistähtaeg asja üleandmisest ostjale. Kuna VÕS § 227 lg 1 tähenduse osas kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumisele puudub väljakujunenud kohtupraktika, on sätte mõtte väljaselgitamisel kohane pöörduda regulatsiooni eeskujuks olnud BGB § 438 poole.⁷³⁰

BGB § 438 lg 1 sätestab viitega BGB §-le 437 nr 3, et müügieseme lepingutingimustele mittevastavusest tulenevate nõuete aegumise eriregulatsioon puudutab ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet. Sarnasele seisukohale on jõutud ülekaalukalt ka õiguskirjanduses.⁷³¹ BGB § 438 lg 2 kohaselt hakkab kinnisasjade puhul nõude aegumine kulgemine kinnisasja valduse üleandmisest⁷³², muul juhtudel asja üleandmisest.⁷³³ Seega tuleneb BGB §-dest 437 ja 438, et müügieseme lepingutingi-

⁷²⁷ Vt ptk 3.2.3.2.

⁷²⁸ VÕS §-dega 223 ja VÕS § 222 lg 5 sarnased kitsaskohad tõusetuvad ka töövõtulepingut reguleerivate VÕS § 646 lg 5 ja § 647 lg 1 juures. Ka seal oleks vajalik ühtlustada regulatsioon üldosa sätetega.

⁷²⁹ Vt nõude aegumise kohta ptk 2.6.5.

⁷³⁰ Vt VÕS Komm II/Käerdi, § 227, lk 68.

⁷³¹ Vt nt Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 32; BeckOK/Faust, § 437, Rn 2, Rn 48 ff; MüKo/Westermann, § 437, Rn 26; Jauernig/Berger, § 437, Rn 14–22.

⁷³² Peetakse silmas otsese valduse üleandmist, Palandt/Weidenkaff, § 438, Rn 14.

⁷³³ Peetakse silmas eelkõige üleandmiskohustuse täitmist, vt täpsemalt Palandt/Weidenkaff, § 438, Rn 15.

mustele mittevastavusest tingitud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise algust ei arvestata mitte aegumise üldreeglite järgi (vrđl BGB § 199 jj), vaid lähtuvalt müügilepingu eriregulatsioonist (BGB § 438 lg 2).

Küsitav on, millises ulatuses saab BGB järgseid seisukohti võtta aluseks VÕS § 227 tõlgendamisel. TsÜS § 146, 147 lg 2 ja VÕS § 227 süstemaatilisel tõlgendamisel saaks ühelt poolt väita, et müügieseme lepingutingimustele mittevastavusest tuleneva kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumine hakkab kulgema vastavasisulise nõude tekkimisest, s.o reeglina rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutust möödumisest.⁷³⁴ Seda põhjusel, et nõude aegumine ei saa hakata kulgema enne, kui nõue on tekkinud. Kuna VÕS §-s 227 puudub BGB § 438 lg-ga 1 sarnane regulatsioon, mis loeb ka müügieseme puudusest tingitud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise kulgema hakanuks müügieseme üleandmisest, siis võiks nõude aegumise lugeda kulgema hakanuks alates nõude tekkimisest, s.o VÕS § 115 lg 2 või lg 3 asjaolude esinemisest. Õiguskirjanduses märgitakse, et VÕS § 227 näol on tegemist **erisättega** TsÜS § 147 osas, mis seab nõude aegumistähtaja alguse reeglina sõltuvusse nõude sissenõutavaks muutumisest.⁷³⁵ Samas leitakse, et VÕS § 227 erisused võrreldes TsÜS §-ga 147 puudutavad eelkõige müüdnud asja lepingutingimustele mittevastavuse tagajärjel tekkivate kahju hüvitamise nõuete aegumist ning sõltumata kahjunõude sissenõutavaks muutumisest ja kahju tekkimisest algab kõigi asja lepingutingimustele mittevastavusest tulenevate nõuete aegumistähtaeg kulgema asja ostjale üleandmisest VÕS § 209 tähenduses.⁷³⁶

Autor nõustub tõlgendusega, et ostja selline kahju hüvitamise täitmise asemel nõue, mis põhineb müügieseme lepingutingimustele mittevastavusel, hakkab aeguma asja ostjale üleandmisest VÕS § 209 tähenduses ja seda sõltumata sellest, kas ostja müügieseme lepingutingimustele vastavusest teadis (või pidi teadma) või oli tema jaoks tegemist varjatud puudusega. Seega erinevalt nõude aegumise üldpõhimõtetest ei ole müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse korral oluline, milal on ostjale kahju hüvitamise täitmise asemel nõue tekkinud. Selline tõlgendus vastab ka regulatsiooni eeskujusätteks olnud BGB § 438 lahendusele. Tõlgendust kinnitab ka RKTKo lahend 3-2-1-174-14, mille p-s 34 on Riigikohus leidnud, et VÕS § 227 tuleb tõlgendada selliselt, et kui müüja asendab asja, aga algse puuduse tõttu on tekkinud kahju (nt saamata jäänud tulu), siis algab ka sellise kahju hüvitamise nõude aegumine puudustega asja üleandmisest, mitte asendatud asja üleandmisest.⁷³⁷ Samasisulisele järeldusele on Riigikohus jõudnud lahendis 3-2-1-21-16, märkides, et müüdnud asja lepingutingimustele mittevastavuse tagajärjel tekkivate kahju hüvitamise nõuete aegumistähtaeg hakkab kõigi asja lepingutingimustele mittevastavusest tulenevate nõuete korral kulgema asja ostjale üleandmisest VÕS § 209 tähenduses. Seda sõltumata kahjunõude sissenõutavaks muutumisest ja kahju tekkimisest (otsuse p 13). Seega hakkab ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumine kulgema alates lepingutingimustele mittevastava asja üleandmisest. Eraldiseisvalt tuleb aga

⁷³⁴ Vt ptk 2.6.5.

⁷³⁵ VÕS Komm II/Käerdi, § 227, lk 68–69.

⁷³⁶ VÕS Komm II/Käerdi, § 227, lk 68–69.

⁷³⁷ RKTKo 3-2-1-174-14, p 34.

arvestada selliste nõuete aegumist, mis põhinevad asendatud asja lepingutingimustele mittevastavusel.

Rõhutada tuleb, et VÕS § 227 regulatsioon on kohaldatav üksnes sellistele nõuetele, mis põhinevad asja lepingutingimustele mittevastavusel. Kui müüja rikkumine seisneb muus kui asja lepingutingimustele mittevastavuses – nt kohustuste täitmata jätmises –, siis VÕS § 227 kohaldamisele ei tule.⁷³⁸ Kohtupraktika peab andma vastuse küsimusele, kas kõrvalkohustuste mittetäitmisest, sh nt müügieset puudutavate dokumentide üleandmata jätmisest tulenevad nõuded aeguvad VÕS § 227 järgi või kohalduvad selliste kohustuste rikkumisele aegumise üldregulatsioon. Kuna VÕS § 227 näol on tegemist erisättega, siis tuleks autori hinnangul seda ka kitsendavalt tõlgendada.

Küsitav on, millist tähendust omab ostja nõude aegumisele asjaolu, et müüja **asendab või parandab** lepingutingimustele mittevastava müügieseme VÕS § 227 ls-te 2–3 tähenduses. Teisisõnu, kas müüja poolt asja korduva parandamise või asendamise tulemuseks on, et ostja nõuded – piltlikult öelduna – müüja poolt asja korduval parandamisel või asendamisel ei pruugigi aeguda. VÕS § 227 ls 2 järgi algab müüja poolt asja asendamisel aegumistähtaeg asendatud asja üleandmisest ostjale. Asja parandamisel müüja poolt algab aegumistähtaeg kõrvaldatud puuduse suhtes uuesti parandamisest arvates (ls 3). Seadusest ei ilmne, kas selline aegumise katkemisele sarnane toime saabub üksnes asja esmakordsel või igakordsel asendamisel või parandamisel.⁷³⁹ Kuna asja parandamine või asendamine kvalifitseerub reeglina nõude tunnustamiseks TsÜS § 158 lg 2 järgi, tuleks autori hinnangul lugeda nõude aegumine katkenuks asja igakordsel asendamisel või parandamisel.⁷⁴⁰ Asja parandamisel peaks selline aegumise uuesti kulgema hakkamine mõjuma aga piiratult, s.o üksnes osas, milles müüja on puuduste täitmise nõuet müügieseme parandamise läbi tunnistanud, mitte aga üleüldiselt.⁷⁴¹

VÕS § 227 ei tohiks olla kohaldatav müüja VÕS § 115 lg 4 järgsele sellisele üleantud müügieseme tagastamisnõudele, mis müüjal tekib ostja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise tulemusena. Sellisel juhul peaksid müüja nõuded VÕS § 82 lg 3 ja lg 7 ning VÕS § 189 lg 1 koosmõjust tulenevalt hakkama aeguma mõistliku aja möödudes VÕS § 115 lg 4 järgse nõudeõiguse tekkimisest. Nõude aegumisele tuleks kohaldada tehinguliste nõuete aegumise põhimõtteid, s.o reeglina aeguvad sellised nõuded kolme aasta jooksul (TsÜS § 146, § 147 lg 1–2).⁷⁴²

⁷³⁸ VÕS Komm II/Käerdi, § 227, lk 68.

⁷³⁹ Vrdl Saksa õiguses Bamberg/Roth/Faust, § 438, Rn 59, milles leitakse, et aegumine peaks igakordselt ning üldiselt uuesti algama (vt samas ka põhjalikud viited teistsugustele seisukohtadele); sarnaselt Arnold, S. 441.

⁷⁴⁰ Vt Saksa õiguses selle problemaatika ja erinevate kaalutluste kohta põhjalikult nt MüKo/Westermann, § 438, Rn 41.

⁷⁴¹ Vt Saksa õiguses ka BGH NJW 2006, 47 (48); Looschelders (2012), S. 56.

⁷⁴² Vrdl ka Saksa õiguses BGH NJW 2007, 674; Palandt/Weidenkaff, § 438 Rn 2, Rn 20; Bamberger/Roth/Faust, § 438, Rn 49; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 438, Rn 31; § PWW/Schmidt, § 438, Rn 7; MüKo/Westermann, § 438, Rn 4.

3.3 Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja kõrvalkohustuste rikkumisel

3.3.1 Müüja kõrvalkohustused

Kui eelnevalt käsitleti ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel müüja põhikohustuste ja asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumisel, siis käesolevas peatükis keskendutakse ostja õigusele nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel juhul, kui müüja rikub müügilepingust tulenevaid kõrvalkohustusi.

Seadus kõrvalkohustuste mõistet ei sätesta. Üks võimalik viis põhi- ja kõrvalkohustuste eristamiseks on, et kõrvalkohustustena kvalifitseeruvad kõik müüja kohustused, mida ei saa seadusest või poolte kokkuleppest tulenevalt lugeda müüja põhikohustuseks.⁷⁴³ Võttes arvesse, et VÕS lähtub kohustuse rikkumise ühtsest mõistest,⁷⁴⁴ eristamata võlausaldaja õigust kasutada õiguskaitsevahendeid tulenevalt sellest, kas rikutud on põhi- või kõrvalkohustust, ei oma põhi- ja kõrvalkohustuste täpne piiritlemine reeglina suuremat praktilist tähendust.⁷⁴⁵ Edaspidi loetakse müüja kõrvalkohustusteks kõiki selliseid müüja kohustusi, mis ei ole müüja põhikohustused ega kohustuseks tagada müügieseme vastavus lepingutingimustele.⁷⁴⁶

Tüüpilised müüja kõrvalkohustused on sätestatud müügilepingu regulatsiooni (VÕS 11. pkt) §-des 210–212, 215, 216, 229 ja 232.⁷⁴⁷ Eristada võib järgmisi müüja kõrvalkohustusi:

- müüja täiendavad kohustused asja vedamisel (VÕS § 210);
- müüja kohustus anda ostjale üle asja juurde kuuluvad dokumendid (VÕS § 211);
- müüja teatamiskohustus (VÕS § 212);
- müüja kohustus kanda lepingu sõlmimise ja täitmise kulud (VÕS § 215);
- müüja kohustus kanda asjaga seotud kulud ja koormised (VÕS § 216);
- müüja kohustus anda teavet teenuste kasutamise võimalustest (VÕS § 232).

Lisaks eeltoodud müüja kohustustele on pooled vabad kokku leppima täiendavates kõrvalkohustustes, samuti võivad sellised täiendavad kõrvalkohustused tuleneda lepingu sõlmimise asjaoludest, tegevusalast või pooltevahelisest tavast ja praktikast, lepingueelsetest läbirääkimistest, lepingu eesmärgist ja olemusest jne (vrdl VÕS § 24 ja § 29).

Üldiselt võib müüja kõrvalkohustused jagada *kõrvalsoorituskohustusteks* ja *kaitsekohustusteks*.⁷⁴⁸ Kõrvalsoorituskohustusteks on sellised müüja kohustused, mille sisu on enamasti mingi sellise teo (soorituse) tegemine, mis tagab põhikohustuste täitmist või toetab ostjal põhikohustustest saadava hüve täiemahulist nautimist.⁷⁴⁹ Nii võib

⁷⁴³ Vrdl ka VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 6.

⁷⁴⁴ Vt pkt 1.1.3.

⁷⁴⁵ Vrdl ka VÕS Komm I/Kull, § 2, lk 10.

⁷⁴⁶ Kõrvalkohustustest käesoleva töö tähenduses tuleb eristada VÕS pkt-s 8 sätestatud kõrvalkohustusi, nagu käendus, garantii, käsiraha ja leppetrahv, mis on oma olemuselt täitmise tagatised.

⁷⁴⁷ VÕS Komm II/Käerdi, § 208, lk 6.

⁷⁴⁸ Vt Saksa õiguses Looschelders (2012), S. 7–8; Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 22.

⁷⁴⁹ Vt ka Jauernig/Mansel, § 241, Rn 9; kõrvalsoorituskohustuste ja kaitsekohustuste kohta põhjalikult MüKo 7/Bachmann, § 241, Rn 46 ff.

müüjal olla kõrvalkohustus teostada nt müügiesemeks olevale autole ülevaatus, registreerida auto registris ostja nimele või tagada muude vajalike dokumentide vormistamine; muu müügieseme puhul võib müüjal olla nt seadmete kasutamise koolituse läbiviimise kohustus, tööstusseadmete tarnimisel masinate monteerimis- ja paigaldamiskohustus, asjakohane nõustamiskohustus,⁷⁵⁰ müügieseme suhtes kindlustuslepingu sõlmimise kohustus jms. Üksikjuhtumil võib kõrvalsoorituskohustuste piiritlemine asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustusest olla keeruline, nt müügieseme kasutusõpetuse või vastavasisulise koolituse andmise kohustuse või müügieseme paigaldamiskohustuse korral.⁷⁵¹

Kuna poolte kõrvalkohustused võivad tulla ka *lepingu sõlmimise asjaoludest*, lepingu esemest ja iseloomust, samuti põhineda üldisel hea usu põhimõttel,⁷⁵² on nt Saksa kohtud ja õigusteooria müüjale kõrvalkohustuste (juurde) tõlgendamisel olnud võrdlemisi paindlikud, lugedes kõrvalkohustuste hulka nt ostja nõustamis- ja selgitamiskohustuse⁷⁵³, ostja olulistest asjaoludest teavitamise kohustuse⁷⁵⁴, informatsiooni andmise kohustuse (nt kinnisasjade puhul selle piiride, koormatiste ja sellega seotud lepingute selgitamine⁷⁵⁵), ostja kõrvalmõjude eest hoiatamise kohustuse, nõustamiskohustuse ja müügieseme valvamise ning hoidmise kohustuse, koostöökohustuse jms.⁷⁵⁶

Kõrvalsoorituskohustustest tuleks eristada müüja kaitsekohustusi,⁷⁵⁷ mis tekivad seaduse alusel (nt VÕS § 2 lg 2) või poolte kokkuleppel, samuti võivad need põhineda lepingu sõlmimise asjaoludel, tuleneda lepingu esemest vms.⁷⁵⁸ Erinevalt põhi- ja kõrvalsoorituskohustustest ei ole kaitsekohustuste otsene eesmärk võlgniku poolt soorituse läbiviimise tagamine ja võlausaldaja jaoks varalise olukorra parendamine (s.o täitmishuvi tagamine), vaid need teenivad eelkõige teise lepingupoole muude õiguste ja õigushüvede kaitsmise huvi ning on suunatud võlgniku varalise ja kehalise n-ö terviklikkuse säilitamisele ning õigushüvede kahjustamisest hoidumisele.⁷⁵⁹

⁷⁵⁰ Schlechtriem (2000), lk 11–12.

⁷⁵¹ Vt ka MüKo/Westermann, § 433, Rn 58; Schlechtriem (2000), lk 12; Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 22.

⁷⁵² Vt nt Saksa õiguses BeckOK/Faust, § 433, Rn 44 ff; Looschelders (2012), S. 7–8, Rn 24; Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 22.

⁷⁵³ Jauernig/Berger, § 433 Rn 23; kõik müüja selgitused seoses müügiesemega peavad vastama tõele ja selle rikkumisel võib olla tegemist pettusega, vt MüKo/Westermann, § 433, Rn 59; BGH NJW 2004, 2301; BGH NJW 1991, 1674.

⁷⁵⁴ BGH NJW, 2011, 3640; BGH NJW 2012, 846; BGH NJW, 2013, 1807.

⁷⁵⁵ Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 25.

⁷⁵⁶ Palandt/Weidenkaff, § 433, Rn 30.

⁷⁵⁷ Vt VÕS Komm I/Kull, § 2, lk 10; VÕS Komm I (2016)/Kull, § 2, lk 14–16; vt Saksa õiguses kaitsekohustuste kohta põhjalikult Canaris (1983), S. 84 ff.

⁷⁵⁸ Vt ka VÕS Komm I/Kull, § 2, lk 10; VÕS Komm I (2016)/Kull, § 2, lk 14–15; VÕS Komm I/Varul, § 76, lk 226; kaitsekohustuste nimetus on tinglik ning varieerub erinevate autorite puhul, vt Brox/Walker, S. 11, Rn 11; Fikentscher/Heinemann, S. 26, Rn 37. Kaitsekohustuste mõiste kasutamise kasuks räägib VÕS § 2 lg 2 ja BGB § 241 lg 2 sõnastus.

⁷⁵⁹ Vt selle kohta Saksa õiguses Joussen, S. 13, Rn 40; Brox/Walker, S. 11, Rn 12; Medicus/Lorenz, S. 64, Rn 122; Fikentscher/Heinemann, S. 26, Rn 37; MüKo/Ernst, § 282, Rn 1.

Saksa õiguses leitakse, et lepingupooltel eksisteerib üldine kohustus teise poole õigushüvesid ja vara mitte kahjustada.⁷⁶⁰ Millised kaitsekohustused võlasuhte raames eksisteerivad, tuleb kindlaks määrata üksikjuhtumi tõlgendamise teel.⁷⁶¹ Kaitsekohustuste sisu ja ulatus sõltub mh võlasuhte sisust ja intensiivsusest.⁷⁶² Mida suuremad on võimalused teise poole mõjutamiseks, mida suurem on poolte vahel valitsev usaldussuhe või teingu ohtlikkus, seda intensiivsem on ka kaitsekohustuste võrk.⁷⁶³ Üks kaitsekohustuste tunnus on, et nende täitmise osas puudub võlausaldajal reeglina iseseisev täitmishõue, kuna üldjuhul ei ole tegemist võlgniku soorituskohustustega.⁷⁶⁴

Lõpetuseks võivad müüja kõrvalkohustused seisneda ka *lepingujärgsetes kohustustes*, mis jäävad poolte vahel kehtima ka peale põhikohustuste täitmist.⁷⁶⁵ Õiguskirjanduses leitakse, et lepingujärgsete kohustuste täitmisega seotud kõrgendatud vastutustandard on õigustatud tulenevalt asjaolust, et lepingulise suhte korral astuvad pooled vabatahtlikult erilisse vahetumasse kontakti, võttes arvesse suurenenud usalduse teise poole õiguste, õigushüvede ja huvide osas, niivõrd kui need on ohustatud võlgniku poolt soorituse teostamisel.⁷⁶⁶ Üldiselt võib lepingujärgsed kohustused jagada ehtsateks, mille osas on võlausaldajal õigus kasutada kõiki õiguskaitsevahendeid, sh nt nõuda täitmist ja kahju hüvitamist täitmise asemel (nt konfidentsiaalsuse või konkurentsikeelu kokkulepped; koostöö- ja selgitamiskohustus), ja ebaehtsateks, mille sisu on enamasti hoolsus-, kaitse- ja selgitamiskohustused.⁷⁶⁷ Millised lepingujärgsed kohustused poolte vahel eksisteerivad, tuleb kindlaks määrata üksikjuhtumi tõlgendamise teel, mh võttes arvesse lepingu sõlmimise asjaolud, poolte lepinguga seotud huvid jms; mh võivad sellised kohustused tulla üldisest hea usu põhimõttest.⁷⁶⁸ Lepingu täitmise järgsete kohustuste kindlaksmääramisel tuleb otsida vastust küsimusele, kas poolte huvi oli pakkuda kaitset ka selliste asjaolude ilmnemisega seotud teise poole õigushüvede kahjustumise eest (vrldl VÕS § 127 lg 2). Kui on aga tegemist sellise riisiko realiseerumisega, mida lepingulised suhted ei hõlma, tuleb võlgniku vastutuse küsimus lahendada deliktiõiguse regulatsiooni järgi.⁷⁶⁹

Kokkuvõtt: lisaks põhikohustustele ja asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustusele kaasnevad müüjale müügilepingu sõlmimisega ka erinevad kõrvalkohustused. Sellised kõrvalkohustused võib jagada kõrvalsoorituskohustusteks,

⁷⁶⁰ BGH NJW 2008, 2245; Jauernig/Mansel, § 241, Rn 10.

⁷⁶¹ Fikentscher/Heinemann, S 26, Rn 37.

⁷⁶² Brox/Walker, S. 13, Rn 13; Medicus/Lorenz, S. 65, Rn 123.

⁷⁶³ Fikentscher/Heinemann, S. 27, Rn 37.

⁷⁶⁴ Vt ka VÕS Komm I/Kull, § 2, lk 10; VÕS Komm I (2016)/Kull, § 2, lk 14–16; vt Saksa õiguses Brox/Walker, S. 11, Rn 11; Jauernig/Mansel, § 241, Rn 10; kaitsekohustuse allumist täitmishõudele ei saa äärmuslikel juhtudel siiski välistada, samuti võib võlausaldajal eksisteerida õigustatud huvi esitada tegemata jätmise (hoidumis-) nõue, vt Medicus/Lorenz, S. 65, Rn 123, Rn 509; Fikentscher/Heinemann, S. 28, Rn 40.

⁷⁶⁵ Vt ka Volens (2011), lk 287 jj; vt Saksa õiguses põhjalikult MüKo/Ernst, § 280, Rn 113 ff.

⁷⁶⁶ Vt ka Fikentscher/Heinemann, S. 27, Rn 38.

⁷⁶⁷ Vt ka Volens (2011), lk 287 jj; vt Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 280, Rn 113 ff.

⁷⁶⁸ Vrdl Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 280, Rn C 19; MüKo/Ernst, § 280, Rn 114.

⁷⁶⁹ Vt Sein (2007), lk 138 jj; Volens (2011), lk 289 jj, sh lepinguliste ja deliktliste nõuete eristamise kohta; vt ka VÕS Komm III/Käerdi/Tampuu, § 1044, lk 637; Käerdi (2006), S. 106 ff, S. 167 ff, S. 181–182, S. 253 ff.

kaitsekohustusteks ja lepingu täitmise järgseteks kohustusteks. Milline on müüja kõrvalkohustuste sisu, tuleb kindlaks määrata üksikjuhtumi asjaoludest tulenevalt, võttes mh arvesse lepingu sõlmimise asjaolud, lepingu eseme, lepingueelsed läbirääkimised, poolte äratuntavad huvid jms. Kuna VÕS ei erista ostja õigust kasutada õiguskaitsevahendeid tulenevalt sellest, kas müüja rikub põhi- või kõrvalkohustust, annab iga müüja kohustuse rikkumine ostjale õiguse pöörduda õiguskaitsevahendite poole.

3.3.2 Täiendava tähtaja määramise ja nõude ulatusega seotud erisused

3.3.2.1 Täiendav tähtaeg vs. hoiatus

Kui reeglina eeldab ostja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine, et möödunud on müüjale rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendav tähtaeg (VÕS § 115 lg 2 ls 1), siis sõltuvalt müüja poolt rikutud kõrvalkohustusest võib täiendava tähtaja andmine olla kokkusbimatu rikutud kohustuse olemusega. Eelkõige tuleb see kõne alla selliste müüja kõrvalkohustuse puhul, mis ei ole kõrvalsoorituskohustused. See tähendab, et kui võlgnetava soorituskohustuse korral saab ostja põhimõtteliselt alati edukalt määrata müüjale täiendava tähtaja rikkumise kõrvaldamiseks – nt müügieseme dokumentide üleandmiseks, müügieseme paigaldamiseks, kasutuskoolituse läbiviimiseks vms –, siis muu kui soorituskohustuse rikkumisel seisneb ostja poolt müüjale tehtud etteheide enamasti selles, et müüja ei võta piisavalt arvesse ostja huvisid, eelkõige ei täida mingist teost hoidumise kohustust (nt rikub konkurentsikeeldu või konfidentsiaalsuskokkulepet) või rikub kaitsekohustusi. Selliste kohustuste rikkumisel ei tule täiendava tähtaja andmine olemuslikult kõne alla – kuna täiendava tähtaja andmise eesmärk on anda võlgnikule viimane võimalus kokkulepitud soorituse tegemiseks ning soorituse tegemisega rikkumine kõrvaldada, siis muu kui soorituskohustuse rikkumise korral ei saa rikkumist ja sellega kaasnenud negatiivseid tagajärgi täiendava tähtaja jooksul olematuks muuta (nt lendu lastud ärisaladust ei saa enam tagasi kutsuda või konkurentsikeelu rikkumist ei saa enam olematuks muuta). Selliste kohustuste näol on enamasti tegemist kestva kohustustega, mida tuleb pidevalt (jooksvalt) täita.⁷⁷⁰

Saksa õiguses on olukord, kus rikkumise olemusest tulenevalt ei tule täiendava tähtaja andmine kõne alla, lahendatud selliselt, et sellisel juhul tuleb võlausaldajal täiendava tähtaja määramise asemel võlgnikku hoiatada (BGB § 281 lg 3).⁷⁷¹ Seejuures ei ole hoiatamise eemärk mitte ära hoida juba aset leidnud rikkumist, vaid vältida võlgniku poolt rikkumiste toimepanemist või jätkamist tulevikus.⁷⁷² Hoiatuseks loetakse võlausaldaja sellist pöördumist, millest nähtub võlausaldaja soov võlgniku poolt rikkumise lõpetada.⁷⁷³ Sellist liiki kohustuste rikkumine toob endaga kaasa

⁷⁷⁰ Vt Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 160.

⁷⁷¹ Vrdl ka BT-Drucks 14/7052, S. 185.

⁷⁷² Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 53.

⁷⁷³ Vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 31.

täitmise osalise võimatuse⁷⁷⁴ – osas, milles võlgnik on rikkunud kohustust, ei ole rikkumist enam võimalik kõrvaldada – ning see võib anda võlausaldajale õiguse lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (vrdl BGB 282, § 324).

Üks olulisemaid hoiatuse kasutusalasid puudutab olukordi, kus esineb oht võlgniku poolt rikkumise tulevikus toimepanemiseks, nt kestvusvõlasuhtele iseloomulike järjestikuste tarnete korral, kus müüja jätab kohustuste ositi täitmise puhul tarne teostamata või annab vaatamata ostja tehtud hoiatusele ostjale üle lepingutingimustele mittevastava kauba. Sellisel juhul võib hoiatusejärgne mittekohane täitmine anda ostjale aluse loobuda võlgniku edasistest sooritustest.⁷⁷⁵ Kui võlgnikul on aga võimalus rikkumine ka tagasiulatuvalt kõrvaldada, tuleb võlausaldajal anda võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg ning hoiatuse regulatsioon ei tule kõne alla.⁷⁷⁶

Üldiselt tuleb nõustuda BGB § 281 lg 3 regulatsiooni ja Saksa õiguskirjanduses esindatud seisukohtadega: olukorras, kus rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja andmine ei tule rikkumise iseloomu arvesse võttes kõne alla, saab võlausaldaja poolt võlgniku hoiatamist pidada koheseks viisiks, millega võlausaldaja saab juhtida võlgniku tähelepanu rikkumise olulisusele ning anda seeläbi võlgnikule viimane võimalus oma tegutsemise korrigeerimiseks ja edasistest rikkumistest hoidumiseks. Selline hoiatus täidab täiendava tähtaja andmisega sarnaseid eesmärgi – eelkõige on sellel võlgniku hoiatamise ning talle viimase võimaluse tagamise funktsioon; teiselt poolt peab see aga tagama võlausaldajale kindluse, et kui võlgnik vaatamata viimase võimaluse saamisele (hoiatuse tegemisele) rikkumiste toimepanemist ei lõpeta, on tal õigus vabaneda võlgnikuga seotusest ning nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või lepingust taganeda.

Eeltoodust tulenevalt tuleks autori hinnangul kaaluda VÕS § 115 lg 2 *de lege ferenda* täiendamist teise lausega järgmiselt:

„Kui tulenevalt kohustuse rikkumise iseloomust ei tule täiendava tähtaja andmine kõne alla, asendab täiendava tähtaja andmist hoiatus.”

3.3.2.2 Nõude ulatusega seotud piirangud ja kahju arvestamine

Ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ei piirdu müüja põhikohustuste ja asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumise juhtumitega. Ostjal on õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel põhimõtteliselt *iga müüja kohustuse rikkumise korral*, tingimusel, et see on kooskõlas rikkumise iseloomu ja nõude ulatust piiravate sätetega. Teisisõnu – seadus ei piira võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel tulenevalt sellest, kas rikutud on kõrval- või põhikohustust. Ka VÕS-i regulatsiooni eeskujuks olevas BGB § 281 kirjanduses märgitakse, et säte kohaldub kõigile võlasuhetest tulenevatele soorituskohustustele, sõltumata sellest, kas tegemist on mittetäitmise, osalise mittetäitmise või mittekohase täitmisega ning

⁷⁷⁴ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 161; MüKO 7/Ernst, § 281, Rn 42; MüKo/Ernst, § 323, Rn 81.

⁷⁷⁵ Staudinger/Schwarze, § 281. Rn B 53.

⁷⁷⁶ Vt Krause, S. 301.

hõlmatud on kõik soorituskohustused: põhi- ja kõrvalkohustused, vastastikused ja ühepoolsed kohustused.⁷⁷⁷

Kõrvalkohustuste kõrvalsoorituskohustusteks ja kaitsekohustusteks liigitamisel on oluline tähendus ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel. Nii saab ostja müüja poolt kõrvalsoorituskohustuste rikkumisel reeglina probleemivabalt nõuda kahju hüvitamist kõrvalsoorituskohustuse täitmise asemel. Nt kui müüjal on kohustus müügiese paigaldada või viia läbi müügieseme kasutamiskoolitus, võib ostja müüja poolt kohustuste täiendava tähtaja jooksul täitmata jätmisel vastava soorituse (teenuse) tellida kolmandalt isikult ja sellega kantud kulud hiljem müüjalt sisse nõuda (VÕS § 115 lg 2). Sama kehtib nt müüja poolt asja juurde kuuluvate dokumentide üleandmata jätmisel: kuna korrektsete dokumentide olemasolu on enamasti vajalik asja täiemahuliseks ekspluateerimiseks (nt uusehitise ostmisel selle elektri-, gaasi-, toru- jms töid kajastav dokumentatsioon; autol registreerimistunnistuse olemasolu; erinevad sertifikaadid ja tunnistused selle kohta, et müügiesemel on teatud omadused) ja hilisemaks edukaks võõrandamiseks, võib ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames nõuda müüjalt sisse dokumentide soetamisele kantud kulud (nt auto registreerimistunnistuse vms dokumentide riigilõivukulu; ehitise dokumentatsiooni koostamiseks eksperdile makstav tasu jms). Samuti ei ole reeglina problemaatiline selliste kõrvalsoorituskohustuste nagu monteerimiskohustuse või müügieseme osas kindlustuslepingu sõlmimise kohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamine – kõiki selliseid kõrvalsoorituskohustusi ühendav tunnus on, et selliseid sooritusi saab müüja asemel teha võlgnik ise või kolmas isik.

Sellise kõrvalsoorituskohustuse mittetäitmisel, osalisel täitmisel või mittekohasel täitmisel saab ostja kahju arvestada *sarnastel põhimõtetel* nagu müüja poolt põhi-kohustuste täitmata jätmisel, osalisel täitmisel või asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumisel.⁷⁷⁸ Kõrvalsoorituskohustuse mittetäitmisel saab ostja nõuda kõrvalsoorituse väärtuse või soorituse asendustäitmise kulude (nn asendus-tehingu kulu analoogia) hüvitamist (nt müügieseme paigaldamiskulude hüvitamist), samuti peaks ostjal olema võimalik arvestada kahju sellise väärtuste vahena, mis oleks müüja soorituse väärtus (tervikuna) selle kohasel täitmisel ja milline on müüja soorituse väärtus (tervikuna) kõrvalsoorituskohustuse täitmata jätmisel; müüja poolt kõrvalsoorituskohustuse osalisel täitmisel (eeldusel, et sooritus on osadeks jaotatav) saab ostja nõuda eelkõige soorituse täitmata osa väärtuse hüvitamist või selle asendustäitmisele kantud kulude hüvitamist (nt peab müüja tegema müügieseme kasutuskoolituse ostja töötajatele ja koolitus tuleks teostada kolmes grupis, millest leiab aset ainult üks); kõrvalsoorituskohustuse mittekohasel täitmisel saab ostja nõuda kõrvalsoorituskohustuse mittekohasuse kõrvaldamise kulude hüvitamist (nt mittekohase müügieseme paigaldamise puuduste kõrvaldamise kulud), samuti kogu müüja soorituse kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe hüvitamist. Kuna tavapäraselt kõrvalsoorituskohustuste väärtust müügilepingus eraldi kokku ei lepita, on kahju arvestamine kohase ja mittekohase või täitmata soorituse väärtuste võrdlemise teel

⁷⁷⁷ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 3; vt ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 10 ff; Erman/H.P. Westermann, § 281, Rn 4.

⁷⁷⁸ Vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4, näidete osas ka ptk 1.3.2.

üldjuhul komplitseeritud. Seega on reeglina ostja jaoks kõige otstarbekam ja mugavam arvestada kahju lähtuvalt nn asendustäitmise või puuduste kõrvaldamise kuludest.

Oluliselt keerulisem on olukord aga juhul, kui müüja rikub mõnda sellist kõrvalkohustust, mille täitmine saab kõne alla tulla üksnes tema enda poolt. Sellisteks kohustusteks saab lugeda nt lepingueelsetest läbirääkimistest tuleneva kohustuse teavitada ostjat kõigist olulistest asjaoludest (VÕS § 14 lg 2), samuti iga muu sarnase informatsiooni andmise, selgitamiskohustuse või koostöökohustuse.⁷⁷⁹ Sarnased raskused ostja nõude sisu ja ulatuse osas kerkivad juhul, kui müüja rikub muud kui soorituskohustust, nt kaitsekohustusi või mõnda teost hoidumise kohustust (nt konfidentsiaalsuskohustust või konkurentsi osutamise keelu kohustust). Selliste kohustuste rikkumisel ei saa võlausaldaja reeglina nõuda kahju hüvitamist kitsalt rikutud *kõrvalkohustuse* täitmise asemel, kuna kõrvalkohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamine ei ole rikutud kohustuse iseloomust tulenevalt võimalik.

Eeltoodu ei tähenda, et muu kui soorituskohustuse rikkumisel ei saa ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. *Esiteks*, kui tegemist on soorituskohustuse täitmist toetava kõrvalkohustuse rikkumisega, omab selline rikkumine reeglina vahetut mõju soorituskohustusele, mille täitmist see peab tagama, tuues üldjuhul kaasa soorituskohustuse rikkumise (nt rikub müüja müügieseme säilitamis- või ladustamiskohustust, mistõttu saab müügiese kahjustada või hävineb⁷⁸⁰). Sellisel juhul saab ostja nõudeõiguse sisu ja ulatuse osas võtta aluseks kõrvalkohustuse rikkumise mõju soorituskohustusele. Samuti võib sellise kohustuse rikkumine anda aluse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel juba enne soorituskohustuse sissenõutavaks muutumist, kuna sellise kohustuse rikkumisega võib kaasneda oluline oht, et võlgnik tulevikus kohustusi ei täida (nt rikub müüja üldist koostöökohustust mitte võõrandada müügieset kolmandale isikule või saab müügiese enne selle üleandmist hoiustamise käigus kahjustada või hävib).⁷⁸¹ Seega on soorituskohustuse täitmist tagavate kõrvalkohustuste rikkumise tagajärg reeglina põhi- või kõrvalsoorituskohustuse või asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumine. Vastavalt tuleks kahju arvestada *mutatis mutandis* põhimõtetel, nagu müüja poolt kohustuste täitmata jätmisel, osalisel täitmisel või mittekohasel täitmisel.⁷⁸² S.o kuna sellisel juhul seisneb ostja jaoks müüja rikkumine lõppastmes põhikohustuse rikkumises või asja lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustuse rikkumises, siis tuleks nõude sisu ja ulatuse osas *mutatis mutandis* lähtuda rikkumise lõplikust mõjust ostja jaoks.

Näide: 10.01 lepivad O ja M kokku 4. sajandist eKr pärineva Egiptuse vaasi müügis. M peab andma vaasi O-le üle 01.02 ja kuni sinnamaani tuleb M-l oma kulul kanda hoolt vaasi hoiustamise ja säilimise eest. 20.01 teavitab M O-d, et vaas on saanud hoones puhkenud tulekahju tõttu kahjustada/hävinenud/M on müünud vaasi

⁷⁷⁹ Koostöökohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamise võimalikkuse kohta vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn 4.

⁷⁸⁰ Vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 3.

⁷⁸¹ Vt Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 24, § 280 Rn 65 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn 3; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 4; Dauner-Lieb (2001), S. 312 ff; samuti Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B3; vt ka ptk 2.7.

⁷⁸² Vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4.

parema hinnaga O2-le. M-i kõrvalkohustuse – vaasi säilitamise/lepingutruuduse kohustuse – rikkumine annab O-le võimaluse nõuda kohe (s.o enne nõude sissenõutavaks muutumist 01.02) kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (VÕS § 115 lg 2–4 ja VÕS § 223 koosmõjus VÕS § 117), kuna on ilmne, et M rikub oluliselt müüglepingut. Kui M-i rikkumise tulemus on aga vaasi kahjustumine ja O ei soovi M-i täitmisest loobuda, realiseerub M-i kohustuse rikkumine lõppastmes selles, et müügiese (vaas) ei vasta lepingutingimustele. Sellisel juhul tuleb O-l arvestada kahju lähtuvalt asja lepingutingimustele mittevastavusest.⁷⁸³

Teiseks tuleb märkida, et kaitsekohustuse rikkumine reeglina soorituskohustuste täitmist vahetult ei kahjusta ega ohusta,⁷⁸⁴ mistõttu puudub võlausaldajal reeglina vajadus võlgneta mitterahaline täitmine (kohustus) kahjunõudega asendada.⁷⁸⁵ Nt kui müüja rikub lepinguga hõlmatud kaitsekohustust mitte kahjustada tööstusseadmete mahalaadimisel ja paigaldamisel ostja ruume (omandit), siis ei too selline kaitsekohustuse rikkumine kaasa müüja soorituskohustuste – nt asja üleandmine ja paigaldamine – rikkumist, küll aga võib anda ostjale õiguse nõuda omandi kahjustamisest põhjustatud kulude hüvitamist (nt ruumide põrand ja seinte endise konditsiooni taastamise remondikulu hüvitamine).⁷⁸⁶ Samas võib müüja poolt kõrvalkohustuste rikkumine olla niivõrd intensiivne või kohatu, et lõhub pooltevahelise *usaldussuhte*, mistõttu ostjalt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada müüjaga täitmisseuhte jätkamist. Seda isegi juhul, kui võlgnik ei ole rikkunud soorituskohustusi või ei ole need veel sissenõutavaks muutunud. Selliste juhtumite alla kuuluvad nt koosseisud, kus võlgnik põhikohustuste täitmise ettevalmistamisel või nende täitmisel kahjustab võlausaldaja õigushüvesid (nt omandi kahjustamine, isikuandmete avaldamine, võlausaldaja või tema lähedaste solvamine) või käitub võlausaldaja suhtes ebalojaalselt.⁷⁸⁷

Veelgi keerulisem on ostja kahju hüvitamise täitmise asemel *nõude arvestamine* juhul, kui müüja rikub lepingust tulenevat *kaitsekohustust* või *muud kõrvalkohustust*, mille sisu ei ole põhi- või kõrvalsoorituskohustuse toetamine ning mis ei too otsest kaasa lepinguga võetud soorituskohustuste rikkumist. Näiteks kahjustab müüja kauba ostjale üleandmisel ostja omandit (nt müüja sõiduk tagurdab vastu ostja laohoone seina, mistõttu saab hoone tugevaid kahjustusi). Müüja on küll valmis kahjustada saanud kauba asemel tarnima ostjale uue kauba, kuid keeldub kategooriliselt

⁷⁸³ Vt ptk 3.2.4, näidete osas ka ptk 1.3.2.

⁷⁸⁴ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 23; vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 3, Rn B 182; MüKo/Ernst, § 282, Rn 1; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 4.

⁷⁸⁵ MüKo/Ernst, § 282, Rn 1.

⁷⁸⁶ Lepinguliste kaitsekohustuste sisu ja ulatus sõltub eelkõige poolte kokkuleppest, millele kohaldub lepinguvabaduse põhimõte (VÕS § 5). Vastavasisulise kokkuleppe puudumisel tuleb võlausaldaja absoluutsetele õigushüvedele tekitatud kahju reeglina lahendada deliktiõiguse sätete järgi; vt Sein (2007), lk 138 jj; VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 441; Volens (2011), lk 289 jj, sh lepinguliste ja deliktiliste nõuete eristamise kohta; vt ka VÕS Komm III/Käerdi/Tampuu, § 1044, lk 637; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 659–661.

⁷⁸⁷ Vt Saksa õiguses BeckOK/Unberath, § 282, Rn 2; Jauernig/Stadler, § 282, Rn 4; asjaolu, et Eesti õiguses tuleb sellised kahjud pooltevahelise kokkuleppe puudumisel reeglina lahendada deliktiõiguse regulatsiooni alusel, ei tähenda siiski, et selliste asjaolude esinemisel ei võiks kõne alla tulla kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise teel võlgniku sooritusest loobumise õigus nt VÕS § 115 lg 3 alt 3 alusel.

hoone remondikulude hüvitamisest. Kahtluseta saab ostja sellisel juhul nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval,⁷⁸⁸ samas aga puuduvad seaduses sätted, mis reguleeriks kaitsekohustuste rikkumisel ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tingimusi ja ulatust. Teine näide: müüja käib enne põhikohustuste täitmist hooletult ringi ostja ärisaladuseks olevate andmetega, mistõttu lekiwad need ostja konkurendile. Kolmas näide: müügilepingu sõlmimise järgselt, kuid enne kauba tarnimist, tuleb pooltel kooskõlastada transpordiga seotud asjaolud. Selle käigus nähvab müüja esindaja N ostja töötajale A, et tema pagulaste ega neegritega koostööd ei tee, mingi need tagasi Aafrikasse ning ostja saatku A asemel mõni tõupuhas isend – alles siis saavad nad N-i hinnangul lepingu täitmise seotud detaile täpsustama hakata.

Kuidas sellisel juhul ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet arvestada või millistel tingimustel ja ulatuses nõuet üldse lubada, on keeruline küsimus. Kuna kaitsekohustuste rikkumine reeglina müüja põhikohustuste ja müügieseme lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustusele vahetut mõju ei oma, samuti ei takista see muude kõrvalkohustuste täitmist, ei teki ostjale reeglina sellist kahju, mille hüvitamist saaks nõuda täitmise asemel. Samas võib kaitsekohustuste rikkumine lõhkuda pooltevahelise usaldussuhte, mistõttu ei saa ostjalt edaspidi eeldada müüjaga tähtsuste jätkamist.

Saksa õiguses on sellised koosseisud reguleeritud BGB §-s 282, mille järgi võib võlausaldaja üldiste kahju hüvitamise nõude eelduste täidetuse korral nõuda võlgnikult ka kahju hüvitamist täitmise asemel, kui võlausaldajalt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada soorituse tegemist võlgniku poolt.⁷⁸⁹ Seejuures märgitakse, et tegemist on väärtusotsustusega, mis nõuab võlgniku ja võlausaldaja huvide kaalumist lähtuvalt üksikjuhtumi asjaoludest ja üldisest hea usu ning mõistlikkuse põhimõttest. Mh on oluline võlgniku rikutud kohustuse iseloom ja raskus, samuti kas ja kui palju ohustab rikkumine lepingu eesmärgi saavutamist ning võlgniku enda suhtumine rikkumisse.⁷⁹⁰ Kui võlgnik rikub kohustusi jätkuvalt, sh nt peale võlausaldaja poolt võlgniku hoiatamist, tuleb seda lugeda võlgniku jaoks raskendavaks asjaoluks ja see võib anda täiendava õigustuse nõude esitamiseks.⁷⁹¹ Võlausaldaja nõude ulatuse juures lähtutakse seejuures põhimõttest, et nõue puudutab reeglina üksnes seda võlgniku soorituse osa, mis võlgnikul on kohustuse rikkumisel võlausaldajale veel täitmata, s.o kuulub edaspidi täitmisele.⁷⁹² Seejuures saab nõude ulatusele *mutatis mutandis* kohaldada sätteid, mis reguleerivad müüja poolt kohustuste mittetäitmist, osalist täitmist või mittekohast täitmist.⁷⁹³

Kuna VÕS ei näe võlgniku kõrvalkohustuste rikkumise juhtudeks võlausaldaja nõude sisule ja ulatusele ette erisätteid, **tuleb lähtuda VÕS § 115 üldpõhimõtetest**. Nagu eelnevalt märgitud, võib müüja kõrvalkohustuste rikkumised jagada kolmeks:

⁷⁸⁸ Vt ka VÕS Komm I/Varul, § 76, lk 226; VÕS Komm I/Kull, § 2, lk 10, vt ka Volens (2011), lk 291; vrdl sarnaselt Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 282, Rn 1; Reischl, S. 250.

⁷⁸⁹ Vt ka Schulze/Schulze, § 282, Rn 3.

⁷⁹⁰ Vrdl BeckOK/Unberath, § 282, Rn 3; MüKo/Ernst, § 282, Rn 6; AnwKom BGB/Dauner-Lieb, § 282, Rn 7; vt ka BT-Druck 14/7052, S. 186.

⁷⁹¹ BT-Drucks 14/6040, S. 142

⁷⁹² Vt Jauernig/Stadler, § 282, Rn 7.

⁷⁹³ MüKo/Ernst, § 282, Rn 12; Jauernig/Stadler, § 282, Rn 7; HK /Schulze, § 282, Rn 4.

kõrvalsoorituskohustuste rikkumine, põhi- või kõrvalsoorituskohustust toetavate kohustuste rikkumine ja kaitsekohustuste rikkumine. Kõrvalsoorituskohustuse ja põhi- või kõrvalsoorituskohustuse täitmist toetava kohustuse rikkumisel saab nõude ulatuse osas lähtuda tagajärjest, mida kohustuse rikkumine omab müüja põhi- või kõrvalsoorituskohustusele või müügieseme lepingutingimustele vastavuse tagamise kohustusele. Küll aga ei anna see vastust küsimusele, kas ja millistel tingimustel saab ostja nõuda müüja kõrvalkohustuse rikkumisel kahju hüvitamist kogu müüja täitmise asemel, s.o loobuda müüja täitmisest tervikuna.

Ainukeseks võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatust reguleerivaks sätteks VÕS-s on § 115 lg 4 ls 1, mille järgi võib võlausaldaja võlgniku poolt kohustuse *osalisel täitmisel* nõuda kahju kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Osalise täitmise keskne tingimus on, et võlgniku sooritus on osadeks jaotatav ja võlgniku täitmine seisneb kohustuse kvantitatiivses mittetäielikus täitmisel.⁷⁹⁴ Mitte ühegi eelnevalt käsitletud kõrvalkohustuse rikkumisel ei saa reeglina rääkida osalise täitmise juhtumist ja müüja poolt kvantitatiivse osalise soorituse tegemisest. See aga saab tähendada üksnes üht – võlgniku (müüja) poolt kõrvalkohustuse rikkumisel saab võlausaldaja (ostja) nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui sellise võimaluse näeb ette kahju hüvitamise täitmise asemel nõude üldregulatsioon. Kuna VÕS § 115 lg 2 ja 3 nõude ulatusele muid piiranguid ei sea, siis võib võlausaldaja (ostja) võlgniku (müüja) kõrvalkohustuse rikkumisel nõuda oma äranägemisel kas kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult.⁷⁹⁵

Eeltoodu on kooskõlas ka VÕS § 116 lg 2 p-ga 5, mis lubab võlausaldajal (ostjal) lepingust taganeda, kui teine lepingupool (müüja) ei täida *ükskõik millist* kohustust täiendava tähtaja jooksul või teatab, et ta seda ei tee.⁷⁹⁶ Kohustuste puhul, mil täiendava tähtaja andmine ei tule nende iseloomust tulenevalt kõne alla, asendab täiendavat tähtaega hoiatus.⁷⁹⁷ Võttes arvesse, et VÕS lähtub kohustuse rikkumise ühtselt mõistest, eristamata, kas tegemist on põhi- või kõrvalkohustuse (sh nt kaitsekohustuse) rikkumisega, võib võlausaldaja (ostja) kõigi võlgniku (müüja) rikkumiste täiendava tähtaja jooksul kõrvaldamata jätmisel lepingust taganeda.⁷⁹⁸ Oleks ebaloogiline ja põhjendamatu, kui võlausaldaja ei saaks sellisel juhul nõuda võlgnikult kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Täiendavalt kinnitab võlausaldaja kahju kogu täitmise asemel nõude õigustatust VÕS § 223 regulatsioon, mille järgi võib ostja lepingust taganeda (ja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel), kui müüja ei kõrvalda mis tahes asja lepingutingimustele mittevastavust mõistliku aja jooksul ostja poolt sellest

⁷⁹⁴ Osalise täitmise mõiste kohta vt täpsemalt ptk 3.1.1, samuti võrdlevalt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 155 f, Rn C 12 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 36, 40–41; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 142 ff; vt ka VÕS Komm I/Köve, § 115, joonealune märkus 215; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, joonealune märkus 1720.

⁷⁹⁵ Vt ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4.

⁷⁹⁶ Sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

⁷⁹⁷ Vt ptk 3.3.2.1. Sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 595.

⁷⁹⁸ Reeglina ei ole võlausaldaja lepingust taganemise ulatus piiratud ka tulenevalt VÕS § 116 lg-st 3, kuivõrd viimane kohaldub üksnes ositi täitmise mitte aga osalise või mittekohase täitmise juhtumitele, vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.2.

teavitamisest. Ka viidatud sättest tuleneb, et ostjal on õigus taganeda müügilepingust – s.o lõpetada täitmissuhe tervikuna – igakordselt, kui müüja täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist asja lepingutingimustele mittevastavust* ei kõrvalda (sõltumata müüja rikkumise olulisusest). Seega on tulemus, kus ostja võib nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ka juhul, kui müüja rikkumine seisneb mõne kõrvalkohustuse rikkumises, kooskõlas VÕS-i üldosa ja müügilepingu regulatsiooniga ostja õigusest loobuda müüja täitmisest (sooritusest) tervikuna. Nõudes kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, arvestatakse kahju nagu müüja kohustuste mittetäitmisel, s.o ostja võib nõuda müüja soorituse väärtuse tervikuna hüvitamist, asendustehingule kantud kulude hüvitamist või hinnavahe hüvitamist.⁷⁹⁹ Kui müüja on ostjale täitmisena midagi üle andnud, tuleb tal see müüjale tagastada (VÕS § 115 lg 4 ls 2).

Äärmiselt küsitav on, kas selline *de lege lata* regulatsioon on mõistlik. See on aga küsimus õiguspoliitilisest otsustusest, millest tuleb eristada küsimust kehtiva regulatsiooni tõlgendamisest. Õiguspoliitiliselt on autori hinnangul küsitav, kas tulemus, kus võlausaldaja võib igakordselt täiendava tähtaja (või hoiatuse) edutul möödumisel nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võtab piisavalt arvesse võlgniku ja võlausaldaja huvide tasakaalustamise vajadust. Autori hinnangul on kehtiv regulatsioon ebaõnnestunud ja vajaks muutmist. Seejuures oleks autori hinnangul kohane võtta eeskujuga BGB §-de 281 ja 282 regulatsioonist, mis eristab selgelt võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ja üksnes piiratud. Samuti sätestab BGB § 282 regulatsiooni, millal võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel võlgniku poolt muu kui soorituskohustuse rikkumisel. Autori hinnangul oleks loogiline ja mõistlik, kui kõrvalkohustuse rikkumisel oleks võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel piiratud. Kehtiv regulatsioon oma dogmaatikas sellist tõlgendust aga ei võimalda (vt ülal). Vastavalt pakub autor välja muuta VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:⁸⁰⁰

„Kui kohustus on osadeks jaotatav ja võlgnik on täitnud kohustuse osaliselt, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Kui võlgnik on kohustuse täitnud mittekohaselt, ei või võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui kohustuse rikkumine on vähetähtis. Võlgniku poolt muu kui soorituskohustuse rikkumisel võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui talt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada võlgniku poolt kohustuse täitmist. Võlausaldaja õigusele nõuda kahju kogu kohustuse täitmise asemel kohaldatakse lausetes 1 ja 2 sätestatut.”

⁷⁹⁹ Vt ka ptk 2.4 ja ptk 1.3.2. Hinnavahe hüvitamise kohta vt ptk 5.

⁸⁰⁰ Vt ka ptk 2.4.

4. KAHJU HÜVITAMISE TÄITMISE ASEMEL NÕUDE ESITAMISE TAGAJÄRJED

Töö neljas peatükk keskendub kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärgedele. Analüüsimisele tulevad küsimused võib tinglikult jagada nelja gruppi: esiteks uuritakse, millistest põhjendustest tulenevalt ei ole kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgede hindamisel kohane lähtuda CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsiooni analoogiast. Teiseks käsitletakse kahju hüvitamise täitmise asemel nõude seoseid täitmisenõudega ning uuritakse, milline on nõude esitamise tähendus ostja vastusoorituskohustusele. Kolmandaks analüüsitakse kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku kõrvaltagajärgi ning lõpetuseks uuritakse ostjale *ius variandi*’st tulenevaid õigusi kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise kontekstis.

4.1 CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioon võrdluse allikana

VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgede hindamisel **ei ole kohane** lähtuda võrdlevõigusliku argumendina CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioonidest. Selle mõistmine on oluline, aidates ära hoida eksitusi VÕS sätete tõlgendamisel. Põhjuseid, miks CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsiooni ei saa kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgede tõlgendamisel eeskujuna arvesse võtta, on mitu.

Esimene ja kõige olulisem põhjus on, et ükski viidatud regulatsioonidest ei sisalda VÕS-le sarnast kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eriregulatsiooni.⁸⁰¹ Nii CISG, PECL kui ka PICC näevad kahju hüvitamise nõuet ühtsena, eristamata kahju hüvitamise täitmise asemel ja täitmise kõrval nõudeõigust. Sõltumata kahjunõude sisust, pannakse viidatud regulatsioonides kõik võlausaldaja kahjunõuded maksma sama sätte ja eelduste täidetuse alusel. Seega VÕS-le ja BGB-le omast lahendust, kus kahju hüvitamist täitmise asemel võib võlausaldaja nõuda üksnes kõrgendatud eelduste täidetuse korral, viidatud regulatsioonid ei tunne. Selles seisneb ka CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioonide põhimõtteline erinevus VÕS-st ja BGB-st. Eeltoodu ei tähenda siiski, et viidatud regulatsioonides puudub võlausaldajal õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, nt müügieseme puudustest tingitud kohase ja mittekohase soorituse väärtuse vahe või parandamiskulude hüvitamist.⁸⁰² Küll aga on õiguslik konstruktsioon ja lähtepunkt, kuidas realiseerub kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel võlgniku (müüja) huvide ja õiguste kaitse, oma lähtepunktilt oluliselt erinev. Kui VÕS-s tagab võlgniku kaitse täiendava tähtaja andmise regulatsioon,⁸⁰³ siis CISG-s, PECL-s ja PICC-s saavutatakse see heastamise instituudi kaudu (vt CISG art 48, PECL art 8:104, PICC art 7.1.4), mis eeldab võlausaldaja (ostja) poolt võlgniku

⁸⁰¹ Vt ptk 1.1 ja ptk 1.1.4.

⁸⁰² Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemise kohta vt ptk 1.3.1.

⁸⁰³ Vt täpsemalt ptk 1.2.

(müüja) rikkumisest teavitamisel võlgniku aktiivset sekkumist ja algatust soorituse puudused kõrvaldada.⁸⁰⁴

Teine oluline aspekt, mis kinnitab CISG-i, PECL-i ja PICC-i võrdlusena kasutamise kohatust, on asjaolu, et viidatud regulatsioonides on *täiendava tähtaja määramine* VÕS-st (ja ka BGB-st) märkimisväärselt erineva tähendusega. Nii on näiteks CISG art 49 järgi täiendava tähtaja ülesandeks anda ostjale täiendav õigus taganeda lepingust juhaks, kui müüja rikkumine seisneb kohustuste *mittetäitmis*es (vt art 47 ja art 49). Erinevalt VÕS-st ja BGB-st ei näe CISG ette võimalust, et ostja saaks kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutu möödumisega muuta müüja algselt mitteolulise rikkumise oluliseks. S.o täiendava tähtaja edutu möödumine ei kaalu iseenesest kohustuse rikkumist üles. CISG-i järgi on lepingust taganemine üksnes nn *ultima ratio* õiguskaitsevahend, mille kasutamine on õigustatud reeglina üksnes juhul, kui hinna alandamise ja kahju hüvitamise nõue ei ole piisavad.⁸⁰⁵ Tegemist on CISG-i ühe keskseima põhimõttega.⁸⁰⁶ Seega seab CISG lepingust taganemisele ja seeläbi täitmisseuhte lõpetamisele oluliselt kõrgemad kriteeriumid kui VÕS, mille § 116 lg 2 p 5 järgi võib võlausaldaja lepingust taganeda mh juhul, kui võlgnik ei kõrvalda täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*.⁸⁰⁷

Eelnevalt CISG-i kohta märgitu kehtib ka PECL-i ja PICC-i suhtes. Ka PECL-s õigustab täiendava tähtaja edutu möödumine võlausaldajat lepingust taganema üksnes juhul, kui võlgniku rikkumine seisneb *mittetäitmis*es (PECL art-st 8:106 lg 3 ja art-st 9:301 lg 2). Erinevalt VÕS § 116 lg 2 p 5 ei näe PECL ette võimalust muuta võlgniku muu kui kohustuse *mittetäitmis*es seisnev rikkumine oluliseks läbi täiendava tähtaja edutu möödumise. PECL art 9:301 lg 1 järgi saab võlausaldaja lepingust taganeda, kui rikkumine on materiaalselt oluline. Seega on PECL-i täiendava tähtaja regulatsioonil oluliselt erinev tähendus võrreldes VÕS-ga.⁸⁰⁸

PICC-s sätestab täiendava tähtaja regulatsiooni art 7.1.5. Täiendava tähtaja andmise ja lepingu lõpetamise õiguse seosed tulenevad art 7.1.5 lg-st 3, mille järgi võib võlausaldaja võlgniku poolt kohustuse *mittetäitmis*el määrata rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja. Selle edutul möödumisel on võlausaldajal õigus lepingust taganeda. Sarnaselt CISG-i ja PECL-i regulatsioonile ei näe ka PICC ette võimalust muuta võlgniku *muu kui kohustuse mittetäitmis*es seisnevat rikkumist oluliseks läbi täiendava tähtaja edutu möödumise. Ka PICC art 7.3.1 lg 1 järgi saab võlausaldaja lepingust taganeda üksnes juhul, kui võlgniku kohustuse rikkumine on *materiaalselt oluline*. Eelnevast tuleneb, et VÕS-i täiendava tähtaja regulatsiooni eesmärk ja sellega

⁸⁰⁴ Tuleb rõhutada, et ka heastamise ese ja tähendus on viidatud regulatsioonides mõnevõrra erinevalt reguleeritud, kuid nende laiaulatuslikum analüüs väljuks töö esemest; vt heastamise tähenduse kohta CISG-s, CESL-s ja VÕS-s Pavelts/Sein, p 147 ff.

⁸⁰⁵ Vt nt Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 2; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 4; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 3; MüKoHGB/Mankowski, art 79, Rn 11.

⁸⁰⁶ StaudingerCISG/Magnus, art 7, Rn 49; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, art, 7 Rn 54; Magnus (1995), S. 484 ff. Lepingu tagasitäitmist soovitakse vältida peamiselt põhjusel, et piiriüleste tehingute puhul kaasnevad tagasitäitmisega reeglina raskused ja oluline transpordikulu, vt Clevinghaus, S. 116.

⁸⁰⁷ Vt ka RKTko 3-2-1-31-08, p 14; sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

⁸⁰⁸ Vt ka von Bar/Zimmermann, S. 451–455, S. 495–498.

võlausaldajale tagatud õigused – eelkõige õiguskindlus, et täiendava tähtaja edutul möödumisel on võlausaldajal igal juhul õigus lepingust taganeda⁸⁰⁹ – erinevad CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioonist oluliselt.

VÕS-i lahendus, mille kohaselt kaasneb täiendava tähtaja edutu möödumisega võlausaldaja õigus lepingust taganeda, põhineb BGB §-l 323.⁸¹⁰ Nii võib BGB § 323 lg 1 järgi võlausaldaja lepingust taganeda, kui võlgnik ei kõrvalda rikkumist (kohustuse mittetäitmist või mittekohast täitmist) võlausaldaja poolt antud täiendava tähtaja jooksul. Seejuures on VÕS regulatsioon võlausaldaja taganemisõiguse osas veelgi liberaalsem, lubades – erinevalt BGB §-st 323 lg 5⁸¹¹ – lepingust taganeda ka juhul, kui täiendava tähtaja jooksul kõrvaldamata jäänud rikkumine on materiaalselt ebaoluline, vähetähtis või isegi marginaalne.⁸¹²

Eeltoodud ekskurss CISG-i, PECL-i, PICC-i ning VÕS-i võrdlusse **on oluline mõistmaks**, kuidas erineb viidatud regulatsioonides kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja õigus lepingust taganeda. Ühtlasi tähendab see, et VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eelduste ja tagajärgede tõlgendamisel ei saa lähtuda CISG-st, PECL-st ja PICC-st, vaid BGB-st. Erinevalt VÕS-st on viidatud regulatsioonides võlgniku täitmisest tervikuna loobumine võimalik üksnes lepingust taganemisel,⁸¹³ mis on aga *ultima ratio* õiguskaitsevahend. VÕS seevastu lubab võlausaldajal taganeda lepingust, kui võlgnik ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*. Selline oluliselt lihtsustatud lepingust taganemise õigus seab kõik täitmissuhet lõpetavad õiguskaitsevahendid VÕS-i kontekstis oluliselt erinevasse valgusse. Paratamatult näib aga, et kahju kogu täitmise asemel nõude esitamise õiguse puhul on Riigikohus lasknud end eksitada CISG-i, PECL-i, PICC-i regulatsiooni loogikast, nähes võlausaldajale hinnavahe hüvitamise nõude ette üksnes juhuks, kui võlausaldaja on eelnevalt lepingust taganenud. Sellist käsitlust ei saa aga pidada VÕS-i kontekstis õigeaks.⁸¹⁴

⁸⁰⁹ VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 387; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 584; Kõve (2003), lk 231.

⁸¹⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 400; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 608; BGB § 323 lg 5 järgi ei või võlausaldaja täiendava tähtaja edutul möödumisel lepingust taganeda siiski juhul, kui mittekohases täitmisel seisnev rikkumine on vähetähtis.

⁸¹¹ BGB § 323 lg 5 järgi ei või võlausaldaja täiendava tähtaja edutul möödumisel lepingust taganeda siiski juhul, kui mittekohases täitmisel seisnev rikkumine on vähetähtis.

⁸¹² VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi võib võlausaldaja taganeda lepingust, kui võlgnik ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist kohustust*.

⁸¹³ Vt täpsemalt ptk 5.1.2.1.1; vt ka ka Clevinghaus, S. 118–126; Huber (1987), S. 214 ff; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 7. Vrdl ka ptk 5.2.2.1 ja ptk 5.1.2.1.1, milles käsitletakse võlausaldajal dispositsioonivabaduse tekkimise aluseid VÕS-i ja CISG-i järgi.

⁸¹⁴ Vt täpsemalt ptk 5, milles analüüsitakse ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist.

4.2 Täitmisnõude lõppemine ja selle ulatus

4.2.1 Täitmisnõude lõppemine ja VÕS § 108 lg 8 regulatsioon

VÕS § 115 ei sätesta, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja täitmisnõude omavaheline suhe, nähes sätte neljandas lõikes ette, et võlgnik (müüja) võib nõuda tema poolt täitmisena võlausaldajale (ostjale) üleantu tagastamist, kui ta on täitnud kohustuse osaliselt ja võlausaldaja (ostja) on otsustanud nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. See aga ei anna vastust küsimusele, millist mõju omab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine ostja täitmisnõudele ja müüja täitmiskohustusele. Seaduse süstemaatika ja jälgitavuse aspektist mõneti ehk ebaloogiliselt annab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja täitmisnõude omavahelise suhte osas esmase indikatsiooni VÕS § 108 lg 8, mille järgi ei või võlausaldaja (ostja) nõuda kohustuse täitmist, kui talle on kohustuse täitmise asemel tema nõudel hüvitatud kohustuse rikkumisega tekitatud kahju. Ka selline regulatsioon ei anna tegelikkuses vastust küsimusele, milliseid tagajärgi omab võlausaldaja (ostja) poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude *esitamine*. Mh ei näe VÕS § 108 lg 8 ette, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisest ei võiks võlausaldaja (ostja) lisaks nõuda kohustuse täitmist või et võlgniku (müüja) täitmiskohustus loetakse sellega lõppenuks.

VÕS § 108 lg 8 sõnastuse kohaselt ei või võlausaldaja nõuda kohustuse täitmist, *kui talle on kohustuse täitmise asemel tema nõudel hüvitatud* kohustuse rikkumisega tekitatud kahju. Sellisest seaduse sõnastusest saab järeldada, et *keeld* nõuda täitmist laieneb võlausaldajale (ostjale) alles siis, kui võlgnik on võlausaldajale kahju juba hüvitanud. Teisisõnu, kuni võlgniku poolt kahju hüvitamiseni ei ole võlausaldaja poolt täitmisnõude esitamine välistatud. Sellest võiks omakorda justkui järeldada, et kuni võlgniku poolt kahju hüvitamiseni võib võlausaldaja nõuda paralleelselt nii täitmist kui ka kahju hüvitamist. Kas selline tulemus on kooskõlas kahju hüvitamise täitmise asemel regulatsiooni olemuse ja eesmärgiga, on äärmiselt küsitav.

Riigikohus on märkinud, et ostja, kes on esitanud müüja vastu asja lepingutingimustele mittevastavusest tulenevalt kahjunõude küttekollete puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamiseks, ei saa pärast *kahjunõude rahuldamist* nõuda müüjalt enam küttekollete puuduste kõrvaldamist.⁸¹⁵ Selliselt on Riigikohus sidunud täitmisnõude lõppemise kahju hüvitamise nõuet *rahuldava kohtuotsuse jõustumisega*. Selline Riigikohtu tõlgendus on autori hinnangul ekslik. Esmalt on Riigikohtu järeldus vastuolus VÕS § 108 lg 8 ühemõttelise sõnastusega, mille järgi ei või võlausaldaja nõuda kohustuse täitmist alates võlgniku poolt talle kahju tegelikust hüvitamisest. Ainuüksi võlausaldaja kasuks kohtuotsuse tegemine ei ole võrdsustatav kahju tegeliku hüvitamisega, millega kaasneb võlausaldaja positiivse huvi tegelik realiseerumine. Teiseks võimaldaks Riigikohtu selline tõlgendus võlausaldajal nõuda ühtaegu nii kohustuse täitmist kui ka kahju hüvitamist täitmise asemel. Selline tulemus oleks aga ebaloogiline ja vastuolus *venire contra factum proprium* keelu põhimõttega. Nõuda ühelt poolt täitmist ja teiselt poolt kahju hüvitamist (selle sama) täitmise asemel oleks vastuoluline. **Autori hinnangul on VÕS § 108 lg 8 regulatsioon ebaselge ja eksitav.** Kuna sätte sõnastus ega Riigikohtu praktika ei paku selgust, milline on täitmisnõude ja kahju

⁸¹⁵ RKTKo 3-2-1-134-06, p 12.

hüvitamise täitmise asemel nõude omavaheline suhe, on seaduse mõtte ja eesmärgi väljaselgitamiseks kohane pöörduda kahju hüvitamise täitmise asemel nõude reguleerimise eeskujuks olnud BGB §-de 280–281 ja Saksa õiguskirjanduse poole.

BGB § 281 lg 4 järgi toob võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine kaasa täitmisenõude lõppemise.⁸¹⁶ Selliselt lõpeb võlausaldaja täitmisenõue hetkest, mil ta esitab võlgnikule kahju hüvitamise täitmise asemel nõude.⁸¹⁷ Seejuures loetakse võlausaldaja täitmisenõude ja sellele vastava võlgniku soorituskohustuse lõppemist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise *esmaseks ja keskselt tagajärjeks*.⁸¹⁸ Täitmisenõude lõppemine tähendab ühtlasi, et lõpeb ka võlgniku õigus täitmist (rikkumise kõrvaldamist) pakkuda.⁸¹⁹ Ühtlasi tähendab see, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel on *kujundusõiguse teostamisega sarnane tähendus*, kuna võlausaldaja ühepoolne avaldus (kahjunõude esitamine) toob kaasa poolte õiguste ja kohustuste programmi muutumise.⁸²⁰ Võlgniku täitmiskohustuse asemele astunud kahju hüvitamise kohustus funktsioneerib kui täitmise surrogaat,⁸²¹ asendades võlausaldaja esialgse täitmisenõude (naturaalnõude) rahaliselt samaväärse kahju hüvitamise nõudega.⁸²²

Autori hinnangul tuleks kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja täitmisenõude omavahelist suhet VÕS-s tõlgendada selliselt, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärjeks on võlausaldaja täitmisenõude ning sellele vastava võlgniku soorituskohustuse lõppemine (vrd BGB § 281 lg 4). Seega kaasneb nõude esitamisega võlgniku (müüja) täitmiskohustuse ümberkujunemine kahju hüvitamise kohustuseks.⁸²³ Sellise tõlgenduse kasuks räägivad järgmised argumendid.

Esiteks toetab sellist tõlgendust regulatsiooni grammatiline sõnastus, mis räägib selgelt *kahjunõude esitamisest kohustuse täitmise asemel* (VÕS § 115 lg 1 ja 2).⁸²⁴ Nõude esitamine kohustuse täitmise asemel ei saa olemuslikult tähendada muud, kui et täitmist ei toimu ning selle asemel leiab aset kahju hüvitamine.⁸²⁵ Teiseks toetab sellist tõlgendust kahju hüvitamise täitmise asemel *nõude olemus*. Nõudes täitmise asemel kahju hüvitamist väljendab võlausaldaja soovi vabaneda täitmissuhtega seotusest ning

⁸¹⁶ BGB § 281 lg 4: „Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat“; vt ka Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14 ff; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208.

⁸¹⁷ Vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 50–52; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14 f; Schulze/Schulze, § 281, Rn 9.

⁸¹⁸ MüKo/Ernst, § 281, Rn 105.

⁸¹⁹ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208. Võrdlusena tasub välja tuua, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärjel täitmisenõude lõppemise osas valitseb üksmeel ka CISG-i kirjanduses, vt nt Schlechtriem (2007), S. 133, Rn 183 ff.

⁸²⁰ Vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 201 ff; MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 96–97, Rn 109–110; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 50–52; kahju hüvitamise täitmise asemel nõude õigusliku olemuse kohta põhjalikult Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 8 ff.

⁸²¹ Ackermann, S. 868; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 280, Rn 65 ff; Griogeleit/Riehm, S. 733 ff.

⁸²² Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 3-E 5; Canaris (2001), S. 512; MüKo/Ernst, § 281, Rn 1.

⁸²³ Sarnaselt ka VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 392; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 591.

⁸²⁴ Vrdl Saksa õiguses Canaris (2001), S. 512; MüKo/Ernst, § 281, Rn 1; Schwarze, § 16, Rn 1.

⁸²⁵ Sarnaselt BGB § 281 lg 4 osas, vt MüKo/Ernst, vor § 281, Rn 3; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 11 ff; Hirsch, S. 289 ff.

saavutada võlgniku sooritusega silmas peetud positiivne huvi kahju hüvitamise kaudu (vrkl VÕS § 127 lg 1 sõnastus). Õiguskirjanduses märgitakse, et täitmise asemel kahju hüvitamise nõudmine tähendab, et võlausaldaja on kaotanud huvi primaarse soorituse, s.o kohustuse naturaaltäitmise vastu ja soovib edaspidi vaid seda, et talle hüvitataks rikkumisest tekkinud kahju. Vastavalt asetatakse võlausaldaja raha maksmise kaudu täitmisega võrreldavas positsiooni ja kahju hüvitamise nõudmisel muutub kohustuse täitmisele suunatud võlasuhe kahju hüvitamise võlasuhteks.⁸²⁶ Selliselt on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue olemuslikult kokkusobimatu täitmisnõudega. Kuigi mõlemad nõuded on suunatud positiivse huvi saavutamisele, siis kahju hüvitamise nõude esitamisel saavutatakse see mitte naturaalsoorituse teostamise (täitmise), vaid kahju hüvitamise teel. Seega tuleks autori hinnangul asuda seisukohale, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine toob suhetes täitmisnõudega kaasa samasugused õiguslikud tagajärjed, nagu sätestab regulatsiooni eeskujuks olnud BGB § 281 lg 4.

Eelnevast saab ühtlasi järeldada, et VÕS § 108 lg 8 regulatsioon, mis keelab täitmisnõude esitamise alates võlgniku poolt võlausaldajale *kahju hüvitamisest*, on sisult eksitav, külvates pigem arusaamatust kui selgust. Regulatsiooni ebaõnnestunud sõnastusest on lasknud end eksitada ka Riigikohus, leides, et võlausaldaja täitmisnõue lõpeb täitmise asemel kahjunõuet rahuldava kohtuotsuse tegemisega.⁸²⁷ Sellise tõlgendusega ei saa nõustuda. Riigikohtu seisukoht on vastuolus nii kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni sõnastuse kui ka nõude olemusega. Autori hinnangul tuleks VÕS § 108 lg 8 kui sisutühi ja eksitav regulatsioon *de lege ferenda* kehtetuks tunnistada. Selle asemel tuleks VÕS § 115 lg-t 4 täiendada selliselt, et *kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõudmisel täitmisnõue lõpeb*.⁸²⁸

4.2.2 Täitmisnõude lõppemise ulatus ja selle tagajärjed

Eelnevast analüüsist nähtus, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine toob kaasa võlausaldaja täitmisnõude ja võlgniku soorituskohustuse lõppemise. Millises ulatuses täitmisnõue ja võlgniku soorituskohustus lõpeb, seadus ei sätesta. Samas on täitmisnõude lõppemise ulatusel aga oluline tähendus, kuna see määrab ära poolte edasiste õiguste ja kohustuste sisu.

Näide 1: rahahädas M müüb internetis 50 000 EUR eest tuntud Eesti kunstniku Willelm van Koogi autoportreed „Lahastatud nina”. Kuna maali tegelik väärtus on enam kui 75 000 EUR, otsustab spekulant O teha head äri. M ja O lepivad e-kirju vahetades müügis kokku. Kui O kahe päeva möödudes M-i külastab, märgib too, et sai parema pakkumise ja müüs maali C-le hinnaga 65 000 EUR. Spekulant O-d selline tulemus ei rahulda.

Näide 2: O ostab väikearendajast ehitusettevõtjalt M 100 000 EUR-ga eramu Mõisamäel. Mõne aja möödudes ilmneb, et eramu puitkonstruktsioonid on kahjustatud majavammiga, mistõttu tuleb mükoloogidel teha ulatuslikud tõrjetööd summas

⁸²⁶ VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 392; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 591.

⁸²⁷ RKTko 3-2-1-134-06, p 12.

⁸²⁸ Täpse sõnastuse kohta vt ptk 4.2.2.

20 000 EUR. Talve saabudes avastab O, et eramu ahi ei ole töökõlblik ega anna sooja. Ahju rekonstrueerimise kulu on 10 000 EUR.

O (ostja ehk võlausaldaja) kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega seotud positiivne huvi sõltub rikkumise sisust ja nõude ulatusest. *Esimese näite puhul* on M-i kohustuse täitmine osutunud võimatuks ja M-i rikkumine kvalifitseerub mittemäitmiseks. Kuna M-i täitmine jääb täies ulatuses ära, ulatub O kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega silmas peetud huvi kogu M-i täitmisele. Võttes arvesse, et M-i soorituse väärtus (maali turuhind) on 75 000 EUR, on O kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sisuks 75 000 EUR.⁸²⁹ *Teise näite puhul* seisneb M-i rikkumine lepingutingimustele mittevastava müügieseme üleandmises VÕS § 217 lg 2 p 2 ja § 77 tähenduses. Mittekohase täitmise puhul on O (ostja) esmane huvi reeglina suunatud sellele, et kahjuhüvitis kataks ära müügieseme kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe või võimaldaks ostjal müügieseme puudused kõrvaldada.⁸³⁰ Antud juhul on O peamine huvi kõrvaldada majavamm ja saada ahi töökorda. Seega on O huvi kõrvaldada kahjuhüvitise arvel müügieseme puudused.

Kui esimese näite puhul on O huvi suunatud kogu M-i soorituse asemel kahju hüvitamisele, siis teise näite puhul saab O positiivne huvi rahuldatud talle puuduste kõrvaldamiseks kantud või tulevikus kantavate kulude kõrvaldamise teel. Sellest tuleneb, et võlgniku soorituskohustus ja võlausaldaja täitmisenõue peaksid lõppema üksnes ulatuses, milles võlausaldaja soovib võlgniku soorituskohustusest vabaneda ja rahuldada lepinguga silma peetud täitmishuvi kahju hüvitamise teel. Esimese näite puhul lõpeb O täitmisenõue ja M-i täitmiskohustus täielikult. Teise näite puhul lõpeb O täitmisenõue üksnes puuduste kõrvaldamise nõude ulatuses. Ülejäänud osas jääb pooltevaheline täitmissuhe edasi kestma. Teisisõnu, kui võlausaldaja täitmisenõue lõpeks piiratumas ulatuses, kui leiab aset võlgniku poolt kahju hüvitamine, tooks see kaasa võlausaldaja rikastumise: sellisel juhul saaks võlausaldaja positiivse huvi rahuldatud nii täitmise (naturaalsoorituse) kui ka kahju hüvitamise teel. Kui täitmisenõue lõpeks aga suuremas ulatuses, kui on võlgniku kahju hüvitamise kohustus, tooks see kaasa jällegi võlausaldaja kehvmasse positsiooni asetamise, kui ta oleks olnud lepingu kohasel täitmisel. Viimane oleks aga vastuolus VÕS § 127 lg 1 sätestatud kahju hüvitamise üldise eesmärgiga asetada võlausaldaja olukorda, milles ta oleks olnud, kui võlgnik ei oleks lepingut rikkunud.

Esitatud nõude ulatuses **asendub võlausaldaja täitmisenõue kahju hüvitamise nõudega** ning võlgniku täitmiskohustus kahju hüvitamise kohustusega.⁸³¹ Selline tulemus on ühtlasi kooskõlas poolte eeldatavate huvide ning poolte õiguste ja kohustuste tasakaalustamise vajadusega. Kui eelnevalt esitatud teise näite puhul nõuab O M-lt kahju hüvitamist täitmise asemel nii majavammi kõrvaldamise kui ka ahju parandamise osas, lõpeb vastavas osas O täitmisenõue ja M-i täitmiskohustus. Muus osas jääb aga täitmissuhe püsima: O-le jääb eramu ning M-l on õigus nõuda ostuhinna tasumist,

⁸²⁹ Vt kahju arvestamise kohta ptk 2.4, ptk 1.3.2, samuti ptk 5.3.

⁸³⁰ Vt kahju arvestamise kohta ka ptk 3.2.4 ja ptk 1.3.2.

⁸³¹ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 392; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 591; sarnaselt Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 17; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 201 ff.

millest O võib tasaarvestamise tulemusena maha arvestada puuduste kõrvaldamise kulud. Kui O aga nõuab kahju hüvitamist üksnes majavammi kõrvaldamise kulude osas, jäävad muus osas O täitmisenõue ja M-i täitmiskohustus püsima: O-le jääb eramu ning ta saab endiselt nõuda ahju parandamist (VÕS § 108, § 222) ning kahju hüvitamist summas 20 000 EUR (majavamm). M-l aga säilib ahju parandamise kohustus ning õigus ostuhinna tasumisele. Sellisel juhul eksisteerivad O täitmisenõue ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue kõrvuti, puudutades küll erinevaid M-i rikkumisi. O saab talle kuuluva kahju hüvitamise nõude tasaarvestada M-i ostuhinna tasumise nõudega. Osas, milles M-i täitmiskohustus on lõppenud ja asendunud kahju hüvitamise kohustusega, lõpeb ka M-i õigus pakkuda täitmist. Kuna M-i täitmiskohustus ja -õigus on lõppenud, ei saa ta kahju hüvitamise kohustuse vältimiseks enam pakkuda rikkumise kõrvaldamist oma vahenditest, mh ei kaasne M-i täitmise pakkumisega O-le vastuvõtuviivituse tekkimist. O vastuvõtuviivitus saaks tekkida üksnes sellise kohustuse täitmise pakkumisel, milleks M on kohustatud.⁸³²

Eeltoodud tõlgendus vastab ka VÕS-i eeskujuks olnud BGB regulatsioonile, mille kohaselt sõltub täitmisenõude lõppemise ulatus otseselt esitatud kahjunõude ulatusest. Nii märgitakse õiguskirjanduses, et võlausaldaja täitmisenõue võib lõppeda kas täielikult või üksnes osaliselt.⁸³³ Võlausaldaja täitmisenõue lõpeb kogu ulatuses, kui võlausaldaja esitab õigustatult nõude kogu täitmise asemel, sh juhul, kui võlausaldaja on õigustatult keeldunud võlgniku poolt mittekohase või osalise täitmise vastuvõtmisest, nõudes seejärel kahju hüvitamist kogu täitmise asemel.⁸³⁴ Täitmisenõue lõpeb seevastu osaliselt (piiratult), kui võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes piiratult, s.o muu kui kogu täitmise asemel (nt puuduste kõrvaldamise kulude nõudmisel). Sellisel juhul kujuneb võlasuhe ümber selliselt, et osas, milles võlausaldaja on nõudnud kahju hüvitamist täitmise asemel, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist, muus osas aga jääb täitmisse suhte alles ning võlasuhte saab lugeda lõppenuks täitmisega.⁸³⁵ Nagu märgitud, lõpeb täitmisenõude lõppemisega ühtlasi ka võlgniku õigus täitmist (rikkumise kõrvaldamist) pakkuda.⁸³⁶

Eeltoodust tulenevalt ning võttes arvesse, et VÕS § 108 lg 8 regulatsiooni näol on tegemist sisutühja ja eksitava normiga,⁸³⁷ tuleks autori hinnangul VÕS § 115 ja § 108 lg 8 regulatsiooni muuta järgmiselt: VÕS § 108 lg 8 kui normatiivselt sisutu säte tuleks tunnistada kehtetuks; VÕS § 115 lg 4 tuleks aga täiendada selliselt, et säte reguleeriks selgesõnaliselt täitmisenõude lõppemist kahju hüvitamise täitmise asemel

⁸³² Vt ka VÕS Komm I/Köve, § 119, lk 417 jj; vrdl Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208; vt ka MüKo 7/Ernst, § 293, Rn 7 ff.

⁸³³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E 1; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208 ff; vrdl ka MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 130; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 22.

⁸³⁴ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208; vt ka BeckOK/Unberath, § 281, Rn 56.

⁸³⁵ Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 209; vrdl ka MüKo 7/Erst, § 281, Rn 130.

⁸³⁶ BeckOK/Unberath, § 281, Rn 49; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 208; vt ka MüKo 7/Ernst, § 293, Rn 7 ff. Võrdlusena tasub välja tuua, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tulemusena täitmisenõude lõppemise osas valitseb üksmeel ka CISGi-järgses kirjanduses, vt nt Schlechtriem (2007), S. 133, Rn 183 ff.

⁸³⁷ Vt täpsemalt ptk 4.2.1.

nõude esitamisel, võttes mh arvesse täitmisenõude lõppemise ulatuse. Autor pakub *de lege ferenda* välja täiendada VÕS § 115 lg-t 4 esimese lausega järgmises sõnastuses:

„(4) Kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõudmisel lõpeb täitmisenõue vastavas osas.”

4.3 Täitmisenõude lõppemise aeg ja võlausaldaja valikuõigus

4.3.1 Võlausaldaja valikuõigus

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise esmane tagajärg on võlausaldaja (ostja) täitmisenõude lõppemine.⁸³⁸ Nii nagu lepingust taganemise õigust tuleb eristada lepingust taganemisest ning sellega kaasnevatest õiguslikest tagajärgedest, tuleb ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude juures eristada nõudeõiguse tekkimist ja nõudeõiguse esitamisega seotud tagajärgi. Kahju hüvitamise täitmise asemel *nõue tekib* reeglina rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Nõudeõiguse tekkimise tagajärg on, et võlausaldajal *on õigus* nõue maksuma panna. Seadus ei sätesta, et nõudeõiguse tekkimisega kaasnevad *ipso iure* nõudeõiguse esitamisega seotud tagajärjed. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõue sarnaneb siin muude kujundusõiguslikku tähendust omavate õiguskaitsevahendite teostamisega, mis samuti eristavad kujundusõiguse kasutamise õigust (materiaalsed eeldused) ning selle maksmapanekuks vajaliku tahteavalduse tegemist (formaalne eeldus) (vrdl VÕS § 116, § 118 lg 2, § 188 jj; VÕS § 112 lg 1 ja lg 2). Ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõudeõiguse tekkimine toob kaasa üksnes võlausaldaja (ostja) *valikuõiguse* otsustada, kas ta soovib nõude esitada ja lõpetada täitmissuhte või soovib ta endiselt jääda täitmisenõude juurde.

Näide: O ostab M-lt antiikmööblikomplekti Printsess Rosamunde (diivanid + kohvilaud). Mööblikomplekti üleandmisel ilmneb, et kohvilaud ei ole antiikne, vaid odav koopia, diivanitel on aga vedrusüsteem nii väsinud, et need vajuvad läbi. O annab M-le täiendava tähtaja puuduste kõrvaldamiseks, mille edutul möödumisel on ta kimbatuses – O-le komplekt justkui meeldib, kuid ta ei oska otsustada, kuidas edasi käituda: kas taganeda lepingust, nõuda täitmist (müügieseme asendamist) või kahju hüvitamist täitmise asemel või hoopiski alandada hinda. O vajab mõtlemisaega, et kutsuda kokku perekonna nõukogu.

Reeglina jääbki kahju hüvitamise täitmise asemel nõudeõiguse tekkimise ja nõude esitamise vahele periood, mil võlausaldaja (ostja) on materiaalsoiguslikult õigustatud nõuet esitama, kuid samaaegselt ei ole ta täitmisenõudest veel loobunud. Materiaalsoiguslikult on tegemist olukorraga, kus täidetud on nii täitmisenõude kui ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeldused ning võlausaldaja (ostja) saab valida, millist õiguskaitsevahendit ta soovib kasutada ning kas ja kuidas ta soovib võlasuhet

⁸³⁸ Vt ptk 4.2.

läbi õiguskaitsevahendite kasutamise edaspidi ümber kujundada. Sellist võlausaldaja valikuõigust nimetatakse ka *ius variandi*'ks.⁸³⁹

Sarnasele järeldusele, et täiendava tähtaja edutul möödumisel tekib võlausaldajal valikuõigus täitmisenõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vahel, on jõutud ka õiguskirjanduses, kus märgitakse, et sellisel juhul on võlausaldajal paralleelselt kaks nõuet: täitmisenõue ja kahju hüvitamise nõue.⁸⁴⁰ Märkida tuleb, et kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude, lepingust taganemise ja hinna alandamise eeldused sageli kattuvad, siis eksisteerib võlausaldajal lisaks täitmise ja kahju hüvitamise nõudele reeglina paralleelselt ka õigus lepingust taganeda või alandada hinda.

Sarnane on õiguslik olukord ka VÕS § 115 regulatsiooni eeskujunormiks olnud BGB § 281 järgi, mille järgi tekib võlausaldaja õigus nõuda kahju täitmise asemel täiendava tähtaja edutul möödumisel *ipso iure* (s.o seaduse alusel),⁸⁴¹ kuid täitmisenõue lõpeb alates kahju hüvitamise täitmise asemel nõude *esitamisest*.⁸⁴² Seni on võlausaldajal õigus valida täitmisenõude ja kahju hüvitamise nõude vahel.⁸⁴³ Seejuures on võlausaldaja täitmisenõue ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue nn *elektiivses konkurents*is, st võlausaldajal on valikuõigus, kumba (teineteist välistavat) õiguskaitsevahendit ta eelistab.⁸⁴⁴ Teisisõnu, võlausaldaja ei saa üheaegselt nõuda nii täitmist kui ka kahju hüvitamist täitmise asemel. Võlausaldaja valikuõigus lõpeb alles kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega, mille tulemusena kujuneb võlasuhe vastavas osas ümber, lõpetades täitmisenõude.⁸⁴⁵

Autor jagab Saksa õiguskirjanduse seisukohti ja leiab, et samasisulistele järeldestele saab jõuda ka VÕS § 115 tõlgendamisel. Seadusest ei nähtu, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eelduste täidetusega kaasneks automaatselt täitmisenõude lõppemine. Selline tulemus ei oleks tegelikkuses võlgniku (müüja) ega võlausaldaja (ostja) huvides. Müüja kaotaks sellisel juhul automaatselt võimaluse rikkumine oma vahenditest kõrvaldada. Ostja aga kaotaks õiguse valida, kas ta soovib jätkata täitmisenõudega, taganeda lepingust või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Otsustusõigus, millist õiguskaitsevahendit kasutada, peaks olema üksnes ostjal (võlausaldajal), mitte aga olema seadusega määratud.⁸⁴⁶ Seega võib lahendust, kus võlausaldajal (ostjal) tekib täiendava tähtaja möödudes valikuõigus, mitte aga kohustus konkreetse õiguskaitsevahendi kasuks otsustada, pidada igati õigustatuks. Sarnastest kaalutlustest lähtuvalt viidi SMG-ga sisse muudatused BGB taganemisõiguse regulatsiooni, mille

⁸³⁹ *Ius variandi* kohta vt Riewert, S. 87 ff; Leser, S. 219 ff; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 50; MüKo 7/Westermann, § 437, Rn 51 ff.

⁸⁴⁰ VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 394; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 595.

⁸⁴¹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 67.

⁸⁴² Medicus/Lorenz, S. 235, Rn 497.

⁸⁴³ Jousen, S. 221, Rn 599; Emmerich, S. 294, Rn 51; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 2; MüKo/Ernst, § 281, Rn 67; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 19–200; BeckOK/Unberath, § 281, Rn2; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 53.

⁸⁴⁴ MüKo/Ernst, § 281, Rn 68; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 49; Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490; BGH NJW 2006, 1198; Jacobs, S. 144 ff; Weller, S. 450 ff. Elektiivse konkurentsi kohta põhjalikult: Bachmann.

⁸⁴⁵ Vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 67–68.

⁸⁴⁶ Vrdl ka RKTko 3-2-1-100-15 p 24, milles Riigikohus leidis, et „kohus ei või poolele ette heita, millise õiguskaitsevahendi ta valib.”

varasem lahendus luges võlausaldaja seotuks võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtajaga ning tähtaja edutul möödumisel loeti võlausaldaja *ipso iure* lepingust taganenuks. BGB moderniseerimise käigus jõuti järeldusele, et selline käsutamis- ning otsustusõiguse piirang kahjustab ebamõistlikult võlausaldaja huve, kuna ka täiendava tähtaja möödumisel ei saa välistada, et võlausaldajal võib endiselt olla huvi täitmissuhte säilimise ja rikkumise võlgniku poolt kõrvaldamise vastu.⁸⁴⁷

4.3.2 Valikuõiguse kasutamise tähtaeg

Seadus ei sätesta tähtaega, mille jooksul tuleb võlausaldajal (ostjal) langetada otsus, kas ta soovib jääda täitmisenõude juurde või minna üle kahju hüvitamisele. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele ei laiene analoogia korras ka VÕS § 118 lg 1 järgne õigust lõpetav tähtaeg, on nõude esitamine piiratud üksnes selle aegumisega.⁸⁴⁸ Seega tuleks võlausaldaja (ostja) valikuõiguse lõpp-punktiks lugeda täitmisenõude aegumine, mille saabudes võib võlgnik (müüja) keelduda kohustuse täitmisest.⁸⁴⁹ Kui aga täitmisenõue on aegunud, ei saa võlausaldaja aegumise vastuväitest vabaneda seeläbi, et esitab olemuslikult sama täitmishuvi rahuldamisele suunatud nõude kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames.⁸⁵⁰

Kuni võlausaldaja poolt kasutatava õiguskaitsevahendi osas valiku langetamiseni on võlgnikule teadmata, kas võlausaldaja jääb täitmisenõude juurde või soovib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Seadus ei näe ette võimalust, et võlgnik saaks sundida võlausaldajat valikut langetama. Nii ei saa võlgnik nt teha võlausaldajale ettepanekut või määrata talle tähtaega valiku tegemiseks.⁸⁵¹ Võlausaldajale *ius variandi*’st tulenev valikuõigus ei ole käsitletav ka alternatiivkohustusena VÕS § 86 ja § 87 tähenduses, kuna tegemist ei ole olukorraga, kus võlgnik peab täitma ühe kohustuse mitmest,⁸⁵² mistõttu ei saa võlausaldaja valikuõigus võlgnikule ka üle minna (VÕS § 87).⁸⁵³ Seega otsustusõigus täitmisenõudelt kahju hüvitamise nõudele ülemineku osas kuulub üksnes võlausaldajale.⁸⁵⁴ Küll võib aga võlausaldaja täitmisenõue ja seeläbi ka võlausaldaja valikuõigus lõppeda tulenevalt VÕS § 108 lg-test 2–5.⁸⁵⁵

Võlgniku keskne võimalus lõpetada võlausaldaja valikuõigus ja sellega seotud teadmatust avaldub läbi õiguse pakkuda täitmist (nt VÕS § 107). Kui võlausaldaja sellises olukorras täitmise vastuvõtmisest keeldub, satub ta vastuvõtuviivitusse (VÕS

⁸⁴⁷ Looschelders (2010), S. 226, Rn 623; BT-Drucks 14/6040, S. 140.

⁸⁴⁸ Vt ptk 2.6.1.

⁸⁴⁹ Vt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumise kohta ptk 2.6.5 ja ptk 3.2.6.

⁸⁵⁰ MüKo/Ernst, § 281, Rn 89.

⁸⁵¹ Sarnaselt Saksa õiguses, vrdl Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490.

⁸⁵² Alternatiivkohustuse mõiste kohta vt VÕS Komm I/Varul, § 86, lk 268.

⁸⁵³ Vt ka BGB § 264 lg 2 ja selle kommentaare: Emmerich, S. 295, Rn 55; vt problemaatika kohta ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 70, mille järgi võiks BGB § 264 lg 2 teatud juhtudel kohaldatav olla; BGB § 264 lg 2 kohaldamist on pidanud võimalikuks ka Palandt/Grüneberg, § 281 Rn 51; vrdl ka taganemisõiguse osas BGH NJW 2006, 1198, 1199, samuti Soergel/Gsell, § 323, Rn 142.

⁸⁵⁴ Vt sarnaselt BGB järgi MüKo/Ernst, § 281, Rn 68–69, Rn 73.

⁸⁵⁵ Vt täpsemalt ptk 4.3.3.

§ 119).⁸⁵⁶ Saksakeelses kirjanduse märgitakse, et võlgniku täitmise pakkumine puudutab üksnes võlgnetatavat sooritust ja reeglina ei tähenda see, et täitmise pakkumisega samaaegselt tuleks võlgnikul pakkuda ka tekkinud viivituskahjude hüvitamist.⁸⁵⁷ Seda mh põhjusel, et viivituskahju olemasolu ja suurus on võlgniku jaoks sageli teadmata, samuti võib selle ulatus olla vaieldav. Eelnevad kaalutlused ei lahenda siiski küsimust sellest, kas eksisteerib periood, mille jooksul tuleb võlausaldajal teha valik täitmisenõude või kahju hüvitamise nõude kasuks olukorras, kus täitmisenõuet ei saa lugeda lõppenuks muudest asjaoludest tulenevalt.

Saksa õiguses leitakse, et võlausaldaja ei ole põhimõtteliselt kohustatud sellist valikut langetama.⁸⁵⁸ Võlgniku huvid saab lugeda piisavalt kaitstuks seeläbi, et ta saab ebaselge olukorra lahendada kohustuse täitmise pakkumise kaudu.⁸⁵⁹ Võlgniku kohase täitmise pakkumisega lõpeb võlausaldaja valikuõigus ja ta satub vastuvõtuviivitusse.⁸⁶⁰ BGB-s on selline seadusandja valik olnud teadlik.⁸⁶¹ Teisisõnu, kuni võlgnik täitmist ei paku, peab ta arvestama võimalusega, et võlausaldaja võib ühel hetkel loobuda täitmisenõudest ning minna üle kahju hüvitamise nõudele.⁸⁶² Üksnes väga erandlike asjaolude esinemisel võib võlausaldaja üldine valikuõigus olla piiratud tulenevalt hea usu põhimõttest.⁸⁶³

Autori hinnangul puuduvad kaalukad põhjendused, miks tuleks VÕS-i kohaldamisel jõuda Saksa õiguses märgitust erinevatele järeldustele. Võlausaldaja (ostja) peaks olema põhimõtteliselt vaba valima, kas ta jääb täitmisenõude juurde või soovib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Võlausaldaja (ostja) valikuõigus tuleks lugeda lõppenuks võlgniku (müüja) poolt täitmise pakkumise, täitmisenõude lõppemise (vrld VÕS § 108 lg 3–5 ja § 222 lg 6) ja täitmisenõude aegumisega.

4.3.3 Täitmisenõude lõppemine (VÕS § 108 lg 3–5 ja § 108 lg 2 tähendus)

Teatavad piirangud võlausaldaja (ostja) valikuõigusele seab VÕS § 108 lg 3–5 regulatsioon, mille järgi võib võlausaldaja nõuda mitterahalise kohustuse täitmist üksnes mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sai kohustuse rikkumisest teada või pidi sellest teada saama. Müügilepingu regulatsiooni juures näeb sarnase sätte ette VÕS § 222 lg 6, mis kohustab ostjat esitama parandamis- või asendamisenõude mõistliku aja jooksul asja lepingutingimustele mittevastavusest teatamisest. Selliselt võib ostja valikuõigus lõppeda veel enne, kui kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on tekkinud. Nii on see näiteks juhul, kui ostja ei teavita täitmise tähtpäeva saabumisel müüjat mõistliku aja jooksul sellest, et ta endiselt soovib kauba üleandmist või selle puuduste

⁸⁵⁶ Vt sarnaselt BGB § 295; vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 69, Rn 82, § 323, Rn 167–174; Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490.

⁸⁵⁷ MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 88.

⁸⁵⁸ Emmerich, S. 294, Rn 51; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 238.

⁸⁵⁹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 70, 79, 82.

⁸⁶⁰ MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 89; Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490.

⁸⁶¹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 70; BT-Drucks 14/6040, S. 140 ff; kriitika kohta vt Marotzke, S. 35 ff; BGB § 264 lg 2 kui hea usu põhimõtte väljendusvormi kohta vt Emmerich, S. 295, Rn 53.

⁸⁶² MüKo/Ernst, § 281, Rn 68–70.

⁸⁶³ Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 52.

kõrvaldamist. Sellisel juhul lõpeb VÕS § 108 lg 3 järgi ostja täitmisenõue veel enne, kui ta on määranud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel on VÕS § 115 lg 2 ls 1 järgi jõudnud tekkida.

VÕS § 108 lg 3–5 (samuti VÕS § 222 lg 6) regulatsiooni tähendus võlausaldaja (ostja) kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sissenõutavaks muutumise osas on autori hinnangul seotud oluliste tõlgendusraskustega. Eelkõige on küsimus selles, kas viidatud regulatsiooni näol on tegemist võlgniku vastuväitega või õigust lõpetava tähtajaga, mis pooltest sõltumatuna välistab võlausaldaja täitmisenõude.⁸⁶⁴ Tegemist on põhimõttelise küsimusega, kuna sellest sõltub vahetult, kas viidatud tähtaja jooksul täitmisenõude esitamata jätmisel võib võlausaldaja nõuda koheselt kahju hüvitamist täitmise asemel või ei. Kui tegemist on *ipso iure* õigust lõpetava tähtajaga, tuleb eitada võlausaldaja kohustust määrata VÕS § 115 lg 2 ls 1 järgi rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg. Seda põhjusel, et lõppenud nõude täitmist ei saa nõuda, samuti on sellise kohustuse täitmiseks täiendava tähtaja määramine sisutühi. Sellisel juhul kaasneb täitmisenõude lõppemisega automaatselt ka võlgniku täitmiskohustuse lõppemine, kuna tsiviilõiguslikult on nõue ja kohustus vastastikku seotud. Võlgniku täitmiskohustuse lõppemine tähendab ühtlasi, et edaspidi ei saa võlgnik ka täitmist pakkuda, s.o rikkumist oma vahenditest kõrvaldada. Seda mh juhul, kui ta soovib rikkumise kõrvaldamisega vältida võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, alandada hinda või lepingust taganeda (vrdl VÕS § 116 lg 2 p 5). Ühtlasi tuleb asuda seisukohale, et sellisel juhul puudub võlgnikul ka õigus rikkumine VÕS § 107 järgi heastada: kohustust, mis on lõppenud, ei eksisteeri ega saa ka heastada. Seega ei pea ostja (võlausaldaja) sellisel juhul ka müüja (võlgniku) täitmise pakkumist vastu võtma. Samuti ei tule tal karta, et täitmise pakkumise vastuvõtmisest keeldumisel satub ta vastuvõtuviivitusse. Tulemus, kus VÕS § 108 lg 3–5 regulatsioon sätestab *ipso iure* õigust lõpetava tähtaja, on aga võrdlemisi küsitav.

Autori hinnangul tuleks VÕS § 108 lg 3–5 järgset tähtaega käsitleda **võlgniku vastuväitena**.⁸⁶⁵ Seda põhjusel, et VÕS § 108 lg 3–5 regulatsioon on sätestatud *võlgniku kaitse eesmärgil*, et viimane saaks oma tootmis-, tarne- vms tegevuse raames mõistlikult arvestada võimaliku täitmiskohustusega ning oma tegevust vastavalt planeerida.⁸⁶⁶ Selline võlgniku huvidest lähtuva regulatsiooni rakendamine on mõistlik ja vajalik üksnes juhul, kui see on ka tegelikkuses võlgniku huvidega kooskõlas ja võlgnik peab täitmisest keeldumist vajalikuks. Siin tuleb arvestada, et kui regulatsiooni eeskujuks olnud PECL-i ja PICC-i näol on tegemist rahvusvahelise lepinguõiguse ühtlustamise soovituslike instrumentidega, mille peamine rakendusala on piiriülesed tehingud, siis VÕS kohaldub enamasti riigisisestele tehingutele. See tähendab, et VÕS-i kohaldamisel jäävad ära piiriülestele tehingutele omased märkimisväärsed lisakulud ja logistilised raskused. Suure tõenäosusega saab väita, et enamiku riigisiseste

⁸⁶⁴ Vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 349 jj; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 512 jj; vt ka Tuulmägi, lk 270–272. Sarnane küsimus tõusetub ka VÕS § 108 lg 2 p 2–4 kontekstis.

⁸⁶⁵ Teisiti VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 351, kes leiab, et tegemist on õigust lõpetava tähtajaga; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 517.

⁸⁶⁶ Vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 351; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 517; vrdl ka von Bar/Zimmermann, S. 398–399, PICC Comm, p 243.

tehingute puhul on võlgniku jaoks rikkumise oma vahenditest kõrvaldamine tegelikkuses oluliselt säästlikum ja mõistlikum kui täitmisenõude lõppemisega kaasnevalt kahju hüvitamise kohustuse või lepingust taganemise tagajärgede kandmine. Eelkõige puudutab see võlgnikke, kes tegutsevad majandus- või kutsetegevuse raames ja kus võlgnikul on reeglina kõik vahendid ja võimalused rikkumine oma vahenditest operatiivselt kõrvaldada. Kahjuhüvitise tasumine tähendaks võlgniku jaoks aga reeglina kellegi kolmanda (enamasti konkurendi) kasumi kinnimaksmist, millega kaasneb lõppastmes võlgniku jaoks tehingust oodatud marginaali oluline vähenemine või selle täielik äralangemine.

Seega on rikkumise oma vahenditest kõrvaldamine reeglina **otseselt võlgniku huvides**. Tulemus, kus võlgnikule on ka VÕS § 108 lg 3–5 järgse tähtaja möödumisel tagatud võimalus täitmist pakkuda, vastab ka seaduse üldisele loogikale, et täitmissuhet säilitavaid õiguskaitsevahendeid tuleks eelistada. Autori hinnangul oleks ebamõistlik tõlgendada võlgniku huvide kaitseks sätestatud regulatsiooni viisil, mis tegelikkuses – eriti riigisiseste tehingute puhul – võib osutuda hoopiski võlgniku huve oluliselt kahjustavaks. Tuleb ka silmas pidada, et VÕS § 108 lg 3–5 regulatsioon laieneb *kõigile mitterahalistele nõuetele*, sh lepingust taganemisega tekkinud tagasitäitmiskohustustele, samuti nt alusetu rikastumise ja muudele väljaandmisnõuetele.⁸⁶⁷ Ebamõistlik oleks tulemus, kus lepingust taganenud või lepingu tühistanud ostjal tekib teise poole poolt nõude õigeaegse esitamata jätmise tulemusena saadu sundomandamise kohustus. VÕS § 108 lg 3–5 regulatsiooni võlgniku vastuväitena tõlgendamine oleks kooskõlas ka *heastamise regulatsiooniga* (VÕS § 107). Heastamise sätted ei näe ette, et heastamise pakkumine oleks seotud ajaliste kriteeriumidega. Heastamine peab olema üksnes asjaolusid arvestades mõistlik.⁸⁶⁸ Nii võib üksikjuhtumil olla mõistlik ka selline heastamise pakkumine, mille võlgnik teeb võlausaldaja poolt rikkumisest teada saamisest või teada saama pidamisest mõistliku aja möödumisel. Tõlgendades VÕS § 108 lg 3–5 regulatsiooni aga õigust lõpetava tähtajana, kaotaks võlgnik sellisel juhul õiguse rikkumine heastada.

Autori hinnangul kinnitavad eelnevalt märgitud kitsaskohad, et VÕS § 108 lg 3–5 regulatsiooni tuleks tõlgendada selliselt, et tegemist on võlgniku vastuväite, mitte aga õigust lõpetava tähtajaga, nagu on leitud õiguskirjanduses.⁸⁶⁹ Võlausaldaja peaks kaotama täitmisenõude üksnes juhul, *kui võlgnik esitab vastavasisulise vastuväite*. Vastuväite esitamise tulemusena lõpeb täitmisenõue ja võlgniku täitmiskohustus ning võlausaldaja võib kohe (s.o täiendavat tähtaega määramata) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või ka lepingust taganeda (VÕS § 115 lg 3 koosmõjus § 116 lg 2 p-ga 4). Sellisel juhul lõpeb ühtlasi ka võlausaldaja valikuõigus täitmisenõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vahel. Võlgniku poolt täitmisest keeldumisel

⁸⁶⁷ Vrd VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 509 jj; VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 347. Eriti problemaatiliseks võib osutuda regulatsiooni kohaldamine vindikatsiooninõuetele, sellist võimalust tuleks siiski pigem eitada.

⁸⁶⁸ Kõve leiab aga, et reeglina peaks võlgnik teavitama võlausaldajat heastamise soovist viivitamatult rikkumisest teada saamisel, vt VÕS Komm I/Kõve, § 107, lk 343. Samas seadus sellist kriteeriumi otseselt ette ei näe. VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 107, lk 505 on Kõve oma seisukohta muutnud, märkides, et teavitamine peab toimuma mõistliku aja jooksul.

⁸⁶⁹ VÕS Komm I/Kõve, § 108, lk 351; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 108, lk 517.

puudub tal edaspidi ka õigus täitmist pakkuda. Vastasel juhul rikuks võlgnik vastuolulise käitumise keelu põhimõtet. Samuti peab täitmisest keeldumisega kaasnema õigusselgus poolte edasiste õiguste ja kohustuste osas.

Autor mõonab, et VÕS § 108 lg 3–5 regulatsiooni sõnastuse rangus – *võlausaldaja ei või nõuda täitmist* – räägib pigem selle kasuks, et sättes märgitud tähtaja möödumisel lõpeb võlausaldaja täitmisenõue automaatselt. St, et tegemist on õigust lõpetava tähtaja, mitte võlgniku vastuväitega. Kuna selline tulemus ei ole autori hinnangul mõistlik, riivates eelkõige võlgniku kui normiga kaitstud isiku õigust rikkumine oma vahenditest kõrvaldada, teeb autor ettepaneku muuta VÕS § 108 lg 5 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui võlausaldaja ei ole käesoleva paragrahvi lõikes 2 nimetatud kohustuse täitmist nõudnud mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sai kohustuse rikkumisest teada või pidi sellest teada saama, või võlgniku poolt käesoleva paragrahvi lõikes 4 nimetatud tähtaja määramist, kaotab ta õiguse nõuda täitmist, kui võlgnik teatab võlausaldaja poolt nõude esitamisel viivitamatult, et ta kohustust ei täida.”

Regulatsiooni muutmine tagaks poolte huvide tasakaalu: võlgnik saaks endiselt keelduda hilinenult esitatud täitmisenõudest, võlausaldajale oleks aga tagatud õigusselgus seeläbi, et võlgnikul tuleks teavitada täitmisest keeldumisest viivitamatult. Sarnased muudatused tuleks viia sisse ka VÕS § 222 lg-sse 6 ning § 646 lg-sse 6.

Võlausaldaja valikuõigus täitmisenõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vahel lõpeb ka juhul, kui esinevad VÕS § 108 lg 2 sätestatud asjaolud, mis toovad kaasa täitmisenõude esitamise keelu. Kuna täitmisenõude esitamise keeld tähendab sisuliselt täitmisenõude lõppemist, saab võlausaldaja edaspidi nõuda üksnes kahju hüvitamist täitmise asemel, samuti kasutada muid õiguskaitsevahendeid. Sarnaselt VÕS § 108 lg 3–5 regulatsiooniga tõusetub ka VÕS § 108 lg 2 p 2–4 kontekstis küsimus sellest, kas tegemist on *ipso iure* täitmisenõuet lõpetavate asjaolude või võlgniku õigusega esitada täitmisest keeldumise vastuväide. Seaduse range sõnastus, mis *keelab* võlausaldajal edaspidi täitmist nõuda, viitamata ühelgi viisil võlgniku *õigusele täitmisest keelduda*, toetab ka siin tõlgendust, et täitmisenõue lõpeb automaatselt.⁸⁷⁰

Autori hinnangul on sellise regulatsiooni õigustatus küsitav. Nii puudub võlausaldajal reeglina teadmine, kas täitmine on võlgnikule ebamõistlikult kulukas või koormav (VÕS § 108 lg 2 p 2) või kas isikliku iseloomuga kohustuse (VÕS § 108 lg 2 p 4) täitmisest võlgnik ka tegelikkuses soovib keelduda ning hüvitada võlausaldajale asendustehinguga seotud lisakulud (kahju). Seetõttu tuleks autori hinnangul eelistada regulatsiooni, mis annab VÕS § 108 lg 2 p-des 2–4 märgitud asjaolude esinemisel võlgnikule õiguse keelduda täitmisest (nn vastuväite esitamise õigus). Võrdlusena võib välja tuua, et sellise lahenduse näeb ette ka BGB § 275, mis eristab täitmisenõude automaatset lõppemist täitmise võimatuse juhtumitel ja võlgniku õigust keelduda täitmisest, kui esinevad VÕS § 108 lg 2 p-des 2–4 sätestatuga sarnased asjaolud.

⁸⁷⁰ Siin tuleb korrata eelnevalt märgitut, et võlgniku vastuväidetes seisnevate õiguste puhul räägib seadus reeglina võlgniku õigusest keelduda teatud kohustuse täitmisest (vt VÕS § 110, § 111) või taotleda võlgniku nõude vähendamist (nt VÕS § 113 lg 8 ja § 162). VÕS § 108 lg 2 aga sätestab üheselt seadusest tulenevalt nõude esitamise keelu.

Kuna seaduse range sõnastus keelab VÕS § 108 lg-s 2 sätestatud asjaolude esinemisel täitmishäirede esitamise, siis on autori hinnangul tõlgenduslikud vahendid siin piiratud ja seadusandjal tuleks tõsiselt kaaluda regulatsiooni muutmist.

4.3.4 Täitmishäirede esitamise tähendus

Küsitav on, millist tähendust omab võlausaldaja (ostja) poolt täitmishäirede esitamine olukorras, kus õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel on juba tekkinud (s.o täidetud on nõude materiaalõiguslikud eeldused VÕS § 115 lg 1–3 järgi). Järgnevalt analüüsitakse, kas täitmishäirede (sh täitmishäire) esitamine lõpetab võlausaldaja (ostja) valikuõiguse ning õiguse nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ning kuidas on täitmishäirede esitamisel tagatud võlgniku (müüja) õigused.

Saksa õiguses leetakse, et võlausaldaja poolt täiendava tähtaja edutul möödumisel täitmishäirede esitamine ei piira võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, mh ei pea võlausaldaja sellisel juhul määrama võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks uut täiendavat tähtaega.⁸⁷¹ See aga ei tähenda, et võlausaldaja on oma valikuõiguses täielikult vaba. Tulenevalt hea usu põhimõttest ja vastuolulise käitumise keelust tuleb sellisel juhul võtta arvesse ka võlgniku õigustatud huvid. Üldreegel peaks olema, et täitmishäirede esitamisel peab võlgnikule olema tagatud mõistlik tähtaeg rikkumise kõrvaldamiseks ja kohustused täita.⁸⁷² Sellise tõlgendusega tuleb nõustuda, kuna üksnes sellisel juhul saab täitmishäirede esitamisega olemuslikult kaasneval täiendaval tähtajal olla tagajärg, et tähtaja tulemuseta möödumine õigustab osaliselt või täielikult täitmishäirete lõpetama. Kui võlgnik pakub sellises olukorras õigeaegselt (s.o mõistliku aja jooksul täitmishäirede saamisest) täitmist, tuleb võlausaldajal täitmine vastu võtta, vastasel juhul satub ta vastuvõtuviivitusse.⁸⁷³

Millist tähtaega pidada mõistlikuks, sõltub üksikjuhtumi asjaoludest, sh võlasuhte olemusest, rikutud kohustuse liigist, rikkumise olemusest ja raskusest, samuti lepingu hinnast, pooltevahelisest praktikast ja tavast, samuti sellest, kas tegemist on võlausaldaja poolt esimese või korduva täitmishäirede esitamisega, kas võlgnik on kasutanud heastamise õigust jne.⁸⁷⁴ Mõistlik aeg ei tähenda siiski, et arvesse tuleks võtta üksnes võlgniku huvid ja rikkumise kõrvaldamiseks objektiivselt vajaminev aeg. See tähendab, et võlgnik ei peaks võlausaldaja poolt täitmishäirede esitamise või täiendava tähtaja määramisega saama uut algse täitmise sarnast tähtaega, mis talle oli tagatud lepingu sõlmimisel. Teisisõnu, võlgnik ei tohiks rikkumisest kasu lõigata ning pikendada ebamõistlikult täitmise tähtpäeva. Samuti ei peaks tähendust omama, kas võlgniku (müüja) rikkumine on oluline või ebaoluline – oluline rikkumine ei peaks andma võlgnikule pikemat heastamise võimalust, kuna vastasel juhul oleks võlgnik

⁸⁷¹ Looschelders (2010), S. 226, Rn 624; vt ka PWW/Schmidt-Kessel, § 281, Rn 22; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 7.

⁸⁷² MüKo/Ernst, § 281, Rn 101, § 323, Rn 155; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 215; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 53.

⁸⁷³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 7.

⁸⁷⁴ Vrdl VÕS Komm I/Köve, § 114, lk 389; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 114, lk 587.

olulise rikkumise korral soodsamas positsioonis kui ebaolulise rikkumise puhul. Selline tulemus ei oleks aga loogiline.

Autori hinnangul võiks üldreegel võlgnikule soorituse tegemiseks tagatud tähtaaja määratlemisel olla selline, et see võimaldab võlgnikul viia lõpuni juba alustatud kohustuse täitmine (sooritus), eelkõige täitmine viimistleda. Selline tõlgendus oleks kooskõlas üldise loogikaga võlgnikule kohustuste oma vahenditest täitmiseks viimase võimaluse andmisega. Seega tuleks täiendava tähtaja määramisel olla konservatiivne ning tähtaeg peaks reeglina olema võrdlemisi lühike.⁸⁷⁵ Seda põhjusel, et kuna reeglina tekib võlausaldajal õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel alles peale täiendava tähtaja edutut möödumist (VÕS § 115 lg 2 ls 1), on võlgnik võlausaldaja poolt täitmisenõude esitamise hetkeks niigi saanud ühe lisavõimaluse rikkumine kõrvaldada. Samuti ei saa võlgnik eeldada, et täiendav tähtaeg annab talle võimaluse veel alustamata sooritustega alustada või ebamõistlikult graafikust maas olevad sooritused lõpule viia. Kui võlgnik pakub täitmist hilinenult, kuid võlausaldaja võtab selle siiski vastu, tuleb võlausaldaja nõue lugeda täitmisega lõppenuks. Sellisel juhul peaks reeglina olema edaspidi välistatud ka õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.⁸⁷⁶

Täitmisenõude esitamine võib erandlike asjaolude esinemisel tähendada ka võlausaldaja loobumist kahju hüvitamise täitmise asemel nõudest. Kuna selline nõudest loobumine ei ole seotud vorminõuetega, võib see leida aset ka konkludentselt või vaikides. Reeglina ei tohiks sellist võlausaldaja loobumist käsitleda siiski lõplikuna ja võlausaldajal peaks olema õigus taastada kahjunõue uue täiendava tähtaja määramise ning selle edutu möödumise kaudu.⁸⁷⁷ Peamine on, et võlausaldaja ei tohiks oma käitumisega võlgniku ega kahju arvestamise ajahetkega manipuleerida.⁸⁷⁸

Täitmisenõude esitamine võib seisneda ka täitmishagis. Ka täitmishagi esitamine ei tähenda reeglina kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õigusest loobumist.⁸⁷⁹ Saksa õiguses toetavad sellist tõlgendust ZPO §-d 255 ja 259, mis annavad võlausaldajale õiguse esitada haginõue selliselt, et kui võlgnik ei täida kohtuotsust, millega täitmisenõue rahuldati, tuleb tal hüvitada võlausaldajale kahju täitmise asemel.⁸⁸⁰ Sarnase lahenduse näeb ette ka TsMS § 365, mille järgi võib hageja hagiavalduses nõuda, et kohus annaks koos hagi taotletava kohustuse täitmise või teo tegemisega kostjale otsuses selle täitmiseks tähtaja. Kui kohus sellisel juhul võlausaldaja täitmisenõude rahuldab, on võlausaldaja seotud täitmisenõudega sellises ulatuses, milles võlgnik vajab aega kohustuse täitmiseks.⁸⁸¹ Täitmishagi menetlemise ajal võib aga võlgnik igal ajal pakkuda täitmist ja seeläbi rikkumise lõpetada.⁸⁸²

⁸⁷⁵ Sarnaselt Saksa õiguses Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 215.

⁸⁷⁶ Vt hilinenud täitmise pakkumise vastuvõtmise kohta võrdlevalt Saksa õiguses, Looschelders (2010), S. 226, Rn 623; vt ka Canaris (2002), S. 49.

⁸⁷⁷ Vrdl ka Jauernig/Stadler, § 281, Rn 15.

⁸⁷⁸ Sarnaselt MüKo/Ernst, § 281, Rn 73.

⁸⁷⁹ BGH NJW 2006, 1198; MüKo/Ernst, § 281, Rn 75.

⁸⁸⁰ Emmerich, S. 295, Rn 54; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 50.

⁸⁸¹ Vrdl Saksa õiguses MüKo/Ernst, 281, Rn 75; vt TsMS § 365 regulatsiooni kohta täpsemalt ptk 1.4.

⁸⁸² Vrdl MüKo/Ernst, § 281, Rn 75.

Eelnevast tuleneb, et täitmisenõude kasuks otsustamine ei seo ostjat (võlausaldajat) reeglina lõplikult ning tal säilib endiselt õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Küll aga tuleb müüjale tagada mõistlik aeg rikkumine oma vahenditest kõrvaldada, s.o täitmine viimistleda. Seega saab ostja õigused lugeda piiratuks üksnes ajutiselt.

4.3.5 Hilinenud täitmise pakkumine

Teatavaid tõlgendusraskusi pakub võlgniku (müüja) poolt täitmise pakkumine olukorras, kus võlausaldaja (ostja) õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel on juba tekkinud, kuid võlausaldaja (ostja) ei ole veel langetanud otsust, millist õiguskaitsevahendit kasutada. Keskne küsimus on siin, kas võlausaldajal tuleb selline hilinenud täitmine vastu võtta – olemata kindel, kas võlgnik seekord kohustused ka tegelikkuses täidab – või on tal endiselt õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (või ka näiteks lepingust taganeda)?

Saksa õiguses leitakse, et kui võlgnik pakub täitmist täiendava tähtaja möödudes, kaotab võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õiguse nii-võrd, kui ta ei keeldu täitmise vastuvõtmisest viivitamatult võlgnikult vastavasisulise pakkumise saamisest.⁸⁸³ Sellist tõlgendust toetab kaalutlus, et täiendava tähtaja edutul möödumisel peab võlausaldajale olema tagatud mõistlik järelemõtlemise aeg otsustamiseks, kas ta soovib minna edasi täitmissuhtega või kasutada täitmissuhet lõpetavaid õiguskaitsevahendeid, s.o nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, taganeda lepingust või alandada hinda.⁸⁸⁴ Võlausaldajalt ei saa mõistlikult eeldada, et ta on vahetult peale täiendava tähtaja möödumist jõudnud juba kasutatava õiguskaitsevahendi osas otsuse langetada.⁸⁸⁵

Autor jagab Saksa õiguskirjanduses esitatud seisukohti. Võlausaldajale peab olema tagatud **mõistlik võimalus hinnata** puudutatud huvide intensiivsust ja võlgniku kohustuste rikkumisega seotud võimalike kahjude ulatust, andmaks hinnang täitmissuhtega jätkamise mõistlikkusele ja õigustatusele. Kuna täiendava tähtaja kulgemise perioodil on võlausaldaja jaoks teadmata, kas rikkumise kõrvaldamine leiab aset või ei, siis ei saa võlausaldajalt täiendava tähtaja perioodil reeglina ka eeldada, et ta asuks täitmissuhet lõpetavaid toiminguid ette valmistama ja tekkinud kahjusid täpselt hindama. Selliste hinnangute andmiseks ja kokkuvõtete tegemiseks tulekski võlausaldajale tagada võimalus kaaluda asjaolusid ja erinevate õiguskaitsevahenditega seotud eeliseid. Autori hinnangul tuleks võlausaldajale tagada järelemõtlemisaeg mh juhul, kui selline võlgniku täiendava tähtaja möödumise järgselt tehtud pakkumine kvalifitseerub heastamiseks (VÕS § 107). Seda põhjusel, et täiendava tähtaja andmise tulemusena on võlgnik juba saanud korra uue võimaluse rikkumine oma vahenditest kõrvaldada. Kuna täiendava tähtaja määramise kohustus ja heastamise

⁸⁸³ Looschelders (2010), S. 226, Rn 623; AnwKom BGB/Schmidt-Kessel, §§ 294–296, Rn 17; piiratult MüKo/Ernst, § 281, Rn 49; sarnaselt taganemise osas Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490; Derleder/Hoolmans, S. 2787. Äärmuslikul juhul võib võlausaldaja selline keeldumise õigus olla välistatud, vt Medicus/Lorenz, S. 232, Rn 490; vt ka Lorenz (2005 b), S. 1892; Hanau, S. 2806 ff.

⁸⁸⁴ MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 90, § 323, Rn 178; Schroeter, S. 46.

⁸⁸⁵ MüKo/Ernst, § 281, Rn 86.

regulatsioon kannavad võlgniku huvide kaitsmise aspektis sisuliselt sama eesmärgi,⁸⁸⁶ siis on sellises olukorras võlgnikule veel kord n-ö viimase võimaluse andmise vajadus küsitav.⁸⁸⁷ Seda enam, et võlgnik, kes on jätnud kohustuse täitmata kokkulepitud tähtpäevaks ja ka täiendava tähtaja jooksul – s.o rikkudes kohustuse täitmise tähtpäeva korduvalt –, on reeglina õigustatult kaotanud võlausaldaja silmis usalduse. Üldjuhul puudub võlausaldajal sellises olukorras mõistlik kindlus, kas võlgnik on ka tegelikkuses valmis rikkumise kõrvaldama või on tegemist üksnes järjekordse ebaõnnestunud katsega. Autori hinnangul peaks täiendava tähtaja edutul möödumisel olema võlgnikul õigus rikkumine heastada *üksnes niivõrd*, kui võlausaldaja ei keeldu heastamisest viitamatult.

Eelneval arutelul ei ole üksnes teoreetiline, vaid ka oluline praktiline tähendus. Olukorras, kus võlausaldajale ei ole tagatud mõistlikku järelemõtlemisega, riskib ta otseselt tulemusega, et hilisemas kohtuvaidluses loetakse võlausaldaja heastamisest keeldumine lubamatuks ja ta kaotab (vähemalt osaliselt) õiguse nõuda kahju hüvitamist. Nii on näiteks Riigikohus lahendis 3-2-1-128-13 märkinud, et võlausaldaja kahju hüvitamise nõue võib olla välistatud ka juhul, kui lepingu jätkuv rikkumine ei ole küll vabandatav VÕS § 103 järgi, kuid võlgnik on pakkunud võlausaldajale VÕS § 107 järgi mõistlikku heastamist asendustehingu näol ning võlausaldaja on selle põhjendamatult tagasi lükanud. Sellisel juhul on kahju edasine tekkimine võlausaldaja enda tahte kohane ning võlgnikupoolne lepingurikkumine ei ole enam kahju põhjuseks.⁸⁸⁸ Eelnev kinnitab, et võlausaldaja huvidega arvestamise seisukohalt on hädavajalik, et talle oleks tagatud järelemõtlemisaeg. Võlausaldajale kui isikule, kes ei kanna võlgniku (korduvate) rikkumistega seotud riisikot, peab olema tagatud võimalus asjaolusid kaaluda ja eksisteerivat valikuõigust realselt teostada. Seda kõike sageli olukorras, kus võlgnik soovib heastamise pakkumisega tegelikkuses üksnes aega võita või muul põhjusel täitmisega venitada.

Olukord peaks olema märkimisväärselt erinev juhul, kui võlausaldaja ei ole alates kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tekkimisest (sh täiendava tähtaja edutust möödumisest) pikema aja jooksul valikuõigust kasutanud. Sellisel juhul võib võlausaldaja hea usu põhimõttest tulenevalt olla seotud võlgniku hilinenult tehtud täitmise pakkumisega, kuna sellisel juhul on tal olnud piisavalt aega valikuõigust kaaluda. Samuti võib sellisel juhul rääkida sellest, et võlgnikul on tekkinud teatav õigustatud ootus, et ta saab rikkumise oma vahenditest kõrvaldada.

Kui võlausaldaja (ostja) võtab täiendava tähtaja möödudes võlgniku (müüja) sooritusel vastu, lõpeb võlgniku kohustus täitmisega. Ühtlasi lõpeb reeglina ka võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Selline õigus lõpeb sõltumata sellest, kas võlausaldaja oli teadlik kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õigusest või ei. Võlausaldaja ei saa kahjunõude juurde tagasi pöörduda ka alusetu rikastumise

⁸⁸⁶ Vt ka ptk 1.2.

⁸⁸⁷ Vt ka Pavelts/Sein, p 149 ff.

⁸⁸⁸ RKTKo 3-2-1-128-13, p 14; kohase täitmise pakkumine ning võlgniku poolt täitmise vastuvõtmisest keeldumine toob kaasa vastuvõtuviivituse tekkimise (VÕS § 119) ja võlgniku sooritusviivituse lõppemise. Ühtlasi tähendab see, et võlausaldaja kaotab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude. Võlausaldajal puudub õigus kahjunõude esitamiseks ka vahetult täitmise pakkumise saamisest, vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 85; Jacobs, S. 146 ff.

sätete alusel. Täitmise vastuvõtmisega lõpeb ühtlasi ka täitmise viivitus⁸⁸⁹ ja võlausaldaja õigus arvestada viivitusele tuginevalt leppetrahvi.

4.3.6 Tahteavalduse tõlgendamine

Võlausaldaja (ostja) poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise ning seeläbi täitmisnõude lõppemise tuvastamine võib üksikjuhtumil valmistada raskusi. Kahtlemata on piisav ostja poolt kahjunõude kohtusse esitamine, samuti kohtuväliselt sellise avalduse tegemine, millest nähtub nõude esitamise soov. Määrav ongi, et võlausaldaja avaldusest oleks selgelt ja ühemõtteliselt tuvastatav, et ta on huvi täitmise vastu kaotanud ja edaspidi võlgnikult täitmist ei soovi.⁸⁹⁰ Ostja üldsõnaline või mitmetähenduslik teavitus ei pruugi olla piisav. Nii ei saa reeglina nõuet lugeda esitatuks, kui ostja teavitab üksnes, et ta kavatseb nõuda tekitatud kahju hüvitamist, kasutada talle kõiki seadusest tulenevaid õigusi või et ta kavatseb nõuete maksmapanekuks kasutada õigusnõustajat.⁸⁹¹ Kahtluse korral tuleks eelistada tõlgendust, et võlausaldaja (ostja) ei ole nõuet esitanud, kuna kiirustatud nõude esitamisega võib kaasneda võlasuhte soovimatu ümberkujunemine ja täitmisnõude lõppemine. See ei pruugi aga olla ei ostja ega müüja huvides. Kui ostja aga keeldub täitmise vastuvõtmisest, võib see üksikjuhtumil tähendada müüja täitmisest loobumist ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude konkludentset esitamist.⁸⁹²

Raskusi võib valmistada ostja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise eristamine. Kuna erinevalt lepingust taganemisest võib ostja (võlausaldaja) kahju hüvitamist täitmise asemel nõuda ka piiratud (nt üksnes puuduste kõrvaldamise osas),⁸⁹³ võiks esmane piiritlemiskriteerium olla, et puuduste kõrvaldamise kulude või kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe hüvitamise nõudmisel tuleb ostja tahteavaldus lugeda kahju hüvitamise nõudeks täitmise asemel. Seda põhjusel, et puuduse kõrvaldamise kulude ja väärtuse vahe hüvitamist ei ole ostjal võimalik taganemise teel saavutada. Sellisel juhul lõpeb pooltevaheline täitmissuhe üksnes esitatud nõude ulatuses ja muus osas jääb täitmissuhe püsima.⁸⁹⁴

Keerukam on küsimus, kuidas eristada lepingust taganemist ja kahju hüvitamise *kogu täitmise asemel* nõude esitamist. Tegemist ei ole siiski dogmaatilise, vaid õiguse tõlgendamise küsimusega, kus võlausaldaja tahte väljaselgitamisel tuleb lähtuda üksikjuhtumi asjaoludest (TsÜS § 69, VÕS § 29). Määravaks tuleks siinkohal lugeda, milline on ostja (võlausaldaja) nõude ese ehk mida ostja (võlausaldaja) müüjalt (võlgnikult) soovib. Nõudes oma pöördumises mh juba tasutud ostuhinna tagastamist, tuleks ostja avaldus reeglina lugeda lepingust taganemiseks. Seda põhjusel, et üleantu

⁸⁸⁹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 79.

⁸⁹⁰ Looschelders (2010), S. 226; vrdl ka AnwKom BGB/Dauner-Lieb, §281, Rn 49; Emmerich, S. 296–297, Rn 57.

⁸⁹¹ Looschelders (2010), S. 226; BT-Drucks 14/6040, S. 141; HK/Schulze, § 281, Rn 10; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 50.

⁸⁹² Vrdl MüKo/Ernst, § 281, Rn 79.

⁸⁹³ Vt selle kohta täpsemalt ptk 4.4.3.3.1.

⁸⁹⁴ Vt täpsemalt ptk 4.2.2.

tagastamist saab ostja nõuda üksnes lepingust taganemise, mitte aga kahju hüvitamise täitmise asemel nõude teel. *Kui ostja ei ole ostuhinda veel tasunud* (või ei ole võlausaldaja teinud muud omapoolset sooritust), võib piiritlemine osutada veelgi keerulisemaks. Nt vahetustehingu puhul tuleb sellisel juhul hinnata, kas võlausaldaja soovib vabaneda vahetusehinguga silmas peetud soorituste vahetamisest tervikuna või loobub ta üksnes võlgniku soorituse täitmisest. Seega kui võlausaldaja väljendab nõude esitamisel ühtlasi soovi, et ta ei soovi omapoolset vastusoorituskohustust täita või soovib juba tehtud vastusoorituse (üleantu) tagastamist, võib võlausaldajal olla ühtaegu soov lepingust taganeda.⁸⁹⁵

Nõudes müüjalt hinnavahe hüvitamist olukorras, kus ostja ei ole veel ostuhinda tasunud,⁸⁹⁶ on ostja huvi reeglina vabaneda müüjaga täitmisseuhest tervikuna. Kuna viimane on võimalik üksnes lepingust taganemise kaudu, siis sisaldab selline ostja hinnavahe nõue reeglina ka taganemisavaldust. Kui ostja (võlausaldaja) nõuab hinnavahe hüvitamist olukorras, kus lepingust taganemise õigus puudub või on see VÕS § 118 lg 1 järgi lõppenud, tuleks ostja (võlausaldaja) nõuet käsitleda kahju hüvitamise nõudena kogu täitmise asemel. Seda põhjusel, et vastasel juhul ei saavutaks ostja tegelikult silmas peetud eesmärki.⁸⁹⁷

4.4 Võlausaldaja vastusoorituskohustuse püsijäämine

4.4.1 Probleemipüstitus

Eelnevalt uuriti, milline on võlausaldaja (ostja) täitmisenõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude omavaheline suhe.⁸⁹⁸ Käesolevas alapeatükis (ptk 4.4) analüüsitakse, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise mõju võlausaldaja (ostja) vastusoorituskohustusele. Teisisõnu: uuritakse, kas võlausaldaja (ostja) poolt nõude esitamisel lõpeb võlausaldaja (ostja) vastusoorituskohustus ning sellele korrespondeeruv võlgniku (müüja) õigus nõuda vastusoorituskohustuse täitmist. Tõstatatud küsimuse teine külg on veelgi komplitseeritum, otsides vastust küsimusele, kas olukorras, kus võlausaldaja (ostja) poolt nõude esitamise tulemusena on võlgniku (müüja) täitmiskohustus lõppenud, võib võlausaldaja (ostja) endiselt omapoolse vastusoorituskohustuse täita ja sundida võlgnikku (müüjat) võtma vastusoorituskohustuse täitmine vastu. Seda mh olukorras, kus võlgniku huvi vastusoorituskohustuse täitmise vastu võib olla lõppenud.

Näide: *O ja M sõlmivad vahetuslepingu, millega endine meistersportlane O lubab anda M-le 2002. aasta väljalaske Hollandi soojaverelise hobuse Magicu (kahekordne maailmameister parkuuris, kuid tänaseks vigastatud ja katkiste hammastega), M aga*

⁸⁹⁵ Vrdl Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 211; MüKo/Ernst, § 325, Rn 22; BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 15; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 34; Gsell (2004), S. 647.

⁸⁹⁶ Vt hinnavahe hüvitise nõude kohta täpsemalt ptk 5.

⁸⁹⁷ Vt täpsemalt ptk 2.6.1.

⁸⁹⁸ Keske järelendusena leiti, et kuni kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseni on võlausaldajal põhimõtteliselt õigus valida, kas ta nõuab võlgnikult kohustuse täitmist või kahju hüvitamist täitmise asemel. Nõudes kahju hüvitamist täitmise asemel, on nõude esitamise esmane tagajärg, et lõpeb nii võlausaldaja täitmisenõue kui ka sellele vastav võlgniku täitmiskohustus ja -õigus.

lubab O-le hobuse vastu anda oma uunikumide turul kõrgelt hinnatud ja suurepärase vormis 1937. aasta Ford T (50 000 EUR). Kuigi M on teadlik hobuse tervislikust seisundist, on ta vahetusega enam kui rahul – maailmameister koduses tallis on iga temasuguse looma- ja spordisõbra unistus.

Lepingu täitmise järgselt otsustab O lasta ostetud auto spetsialistidel üle vaadata. Selgub, et M-i müüdud Ford T-l on rohkelt puudusi. M puudusi ei tunnista ja leiab, et tegemist on pisipuudustega ning et nii vana auto puhul on sellised puudused igati tavapärased. Edutu kasiinomängurina on M-i ootamatult tabanud finantsraskused ja ühtlasi on tema huvi hobusepidamise vastu raugenud. Seega pakub M lahkesti, et on valmis hobusest loobuma ja võtma O-le üle antud auto tagasi. O-d selline tulemus ei rahulda. Ta tahaks omada analoogset Ford T-d, kuid ei soovi endale Magicut, kuna järelturu puudumise tõttu on hobuse müük mõistliku hinnaga praktiliselt võimatu. Samuti puudub vahepeal vanalinna elama asunud O-l vajalik hobusetall ja Magicu hooldamiseks vajalikud finantsvahendid. Seega soovib O, et M hüvitaks talle asendusauto soetamiskulud 50 000 EUR. Võttes arvesse O muutunud elukorraldust, ei ole ta aga valmis hobust tagasi võtma.⁸⁹⁹

Kuidas saab M soovitud tulemuse saavutada ja millega riskib O kahjunõude summas 50 000 EUR esitamisel? Kas tal tuleb Magicuga sõprussuhted üles soojendada või on hobuse hooldamine edaspidi M-i mure? Sellistele küsimustele otsitaksegi peatükis 4.4 vastust.

VÕS ei sätesta §-s 115 ega ka muudes sätetes, milline on võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise mõju võlausaldaja vastusoorituskohustusele. Selline regulatsiooni puudulikkus kahjustab oluliselt selle mõistmist.⁹⁰⁰ Millised õigused ja kohustused õiguskaitsevahendi kasutamisega kaasnevad, on ilma suurema kahtluseta iga õiguskaitsevahendi juures keskse tähendusega, kuivõrd ainult sellisel juhul saab võlausaldaja teha teadliku otsustuse, milline õiguskaitsevahend vastab parimal viisil tema huvidele. Võlgnik aga väärib õiguskindlust muutunud võlasuhte edasise sisu osas. Seega on õiguskaitsevahendite regulatsiooni täpsus ja selgus nii võlgniku kui ka võlausaldaja huvides.

Vaatamata regulatsiooni ebaselgusele on **Riigikohtu tsiviilkolleegium korduvalt leidnud**, et põhikohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõude esitamist tuleb käsitleda konkludentse lepingust taganemisena.⁹⁰¹ Esimeses teed rajavas kaasuses on Riigikohus märkinud järgmist: „Kollegium märgib, et ka kahju hüvitamise nõudmist kogu lepingu täitmise asemel saab põhimõtteliselt lugeda samaaegseks lepingust taganemiseks.”⁹⁰² Sellest ei saa teha muud järeldust, kui et Riigikohtu hinnangul toob kahju põhikohustuse täitmise asemel nõude esitamine kaasa lepingust taganemise, millega kaasneb taganemisevõlasuhte tekkimine ja kohustuste programmi

⁸⁹⁹ Eeltoodu on vaid üks modifikatsioon paljudest juhtumitest, mille puhul võlausaldaja vastusoorituskohustuse püsijäämine omab sisulist tähendust; vrdl nt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 131, § 280, Rn E 55.

⁹⁰⁰ Kriitiliselt samuti Kull/Käerdi/Kõve, lk 259; Kõve (2009), lk 283, 296–297.

⁹⁰¹ RKTKo 3-2-1-50-06, p 23; RKTKo 3-2-1-165-09, p 13; RKTKo 3-2-1-31-08, p 16; RKTKo 3-2-1-37-08, p 25; RKTKo 3-2-1-45-08, p 18; RKTKo 3-2-1-37-09, p 14; RKTKo 3-2-1-138-10, p 21.

⁹⁰² RKTKo 3-2-1-50-06, p 23.

ümberkujundamine VÕS § 189 jj järgi. Sarnast seisukohta on Riigikohus korranud ka oma hilisemas praktikas.⁹⁰³ Riigikohtuga sarnasele järeldusele on jõutud ka õiguskirjanduses.⁹⁰⁴

Millistel dogmaatilistel argumentidel Riigikohtu järeldused põhinevad, on paraku selgusetu. Riigikohtu praktika mõistmist raskendab asjaolu, et selle juures **puuduvad täielikult mis tahes põhjendused ja õigusteoreetiline argumentatsioon**. Autori hinnangul tuleb taunida praktikat, kus põhimõttelist tähendust omavatele õiguslikele küsimustele ei esitata sisulist ja jälgitavat argumentatsiooni. Kummatai puuduvad sisulised põhjendused ka õiguskirjanduses: märgitakse üksnes, et selline tõlgenduslik tulemus on „otstarbekas”⁹⁰⁵ ja et „vastasel juhul tekiks kahju hüvitamise nõudmisel küsimus lepingu kui terviku edasisest saatusest”.⁹⁰⁶ Autori hinnangul ei saa selline põhimõtteline dogmaatiline järeldus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kui keskse õiguskaitsevahendi tagajärgedest põhineda argumentidel nagu „otstarbekas”, „tundub mõistlik” vms. Tegemist ei ole dogmaatiliste argumentidega, millele üks seaduse tõlgendamine peaks tuginema. Puuduv argumentatsioon aga raskendab oluliselt esitatud tõlgenduse analüüsi, kuivõrd keeruline on kritiseerida või nõustuda seisukohtadega, mille kujunemine ja lähtealused ei ole jälgitavad.

Olukorras, kus kodumaises õiguskirjanduses ja kohtupraktikas sisulised selgitused nõude esitamise tagajärgedest võlausaldaja vastusoorituskohustusele puuduvad, on regulatsiooni mõtte ja eesmärgi väljaselgitamiseks kohane pöörduda sätte eeskujuks olnud Saksa õiguse poole (BGB §-d 280–281). Selguse ja jälgitavuse huvides on järgnev analüüs jagatud kaheks. Esmalt käsitletakse, milline on regulatsioon ja kesked argumendid Saksa õiguses (ptk 4.4.2), misjärel esitatakse autori nägemus VÕS-i regulatsioonist (ptk 4.4.3).

4.4.2 BGB regulatsioon ja tingimuslik sünallagma

4.4.2.1 Kohustuste lõppemine tulenevalt tingimuslikust sünallagmast?

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sisu ja õiguslike järelduste osas valitseb Saksa õiguses märkimisväärne diskussioon. Ebaselgus ja vastuolulised seisukohad on tingitud peamiselt asjaolust, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärgi reguleeriv BGB § 281 lg 4 ei näe selgesõnaliselt ette, millist tähendust omab nõude esitamine täitmissuhte tervikuna, sh võlausaldaja vastusoorituskohustusele.⁹⁰⁷ BGB § 281 lg 4 sätestab järgmist:

⁹⁰³ RKTko 3-2-1-37-09, p 14; RKTko 3-2-1-165-09, p 13; RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

⁹⁰⁴ Vt Kull/Käerdi/Köve, lk 258; VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 396.

⁹⁰⁵ Kull/Käerdi/Köve, lk 259.

⁹⁰⁶ VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 396; VÕS I uues kommentaaris on Köve muutnud oma seisukohta ja märkinud, et kahju hüvitamist lepingulise põhikohustuse täitmise asemel saab nõuda ka lepingust taganemata, vt VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 603. Kuigi jääb selgusetuks, millistest dogmaatilistest argumentidest tulenevalt on tõlgendust muudetud, tuleb sellega lõppastmes nõustuda. Vt selgituste kohta ptk 4.4 ja ptk 5.2.2.

⁹⁰⁷ BGB § 281 lg 4 (autoripoolne tõlge): „(4) Täitmisnõue on välistatud, niipea kui võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel.”; vt Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 19 ff.

„(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.“⁹⁰⁸

Küsimuses, milline on nõude esitamise tagajärg võlausaldaja vastusoorituskohustusele, võib Saksa õiguskirjanduses eristada kahte kesket seisukohta. *Esimese grupi autorite* hinnangul toob kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine *ipso iure* – seaduse jõul ja automaatselt – kaasa võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise.⁹⁰⁹ *Teine grupp autoreid* leiab, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel ei ole mingit seost võlausaldaja vastusoorituskohustusega: nõude esitamine toob kaasa üksnes võlausaldaja täitmisenõude teisenemise kahju hüvitamise nõudeks, jättes aga muus osas võlasuhte puutumata.⁹¹⁰

Esimese grupi autorite hinnangul põhineb kahju kogu soorituse täitmise asemel nõude esitamisel võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine argumendil, et vastastikuste lepingute puhul on võlgniku sooritus- ja võlausaldaja vastusoorituskohustus erilises sünallagmaatilises seoses.⁹¹¹ See tähendab, et pooled on vastastikuse sooritusega seotud ja selle täitmisest huvitatud üksnes niivõrd, kuivõrd teine pool oma kohustuse täidab. Iseäranis kehtib see vahetustehingute puhul, kus pooled teevad vastastikku sooritusi üksnes huvist saada vastu konkreetne vastusooritus, mitte aga ei keskendu väärtuste vahetamisele.⁹¹² Sellisest tingimuslikust sünallagmast tulenevalt toob võlgniku soorituskohustuse lõppemine vahetult kaasa võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise, kuivõrd pool on lepingu sõlmimisel lubanud kohustuse täitmist üksnes teadmisel, et ta täidab omapoolse kohustuse talle lubatud soorituse vastu. See aga tähendab, et kui mingil põhjusel lõpeb võlausaldaja õigus nõuda võlgnikult soorituse täitmist, lõpeb omakorda võlgniku õigus nõuda vastusoorituskohustuse täitmist (BGB § 281 IV ja § 326 lg 1).⁹¹³

Stadleri põhjenduste kohaselt saab BGB § 281 kontekstis sellisele tulemusele jõuda tulenevalt BGB § 326 lg 1 ls 1 analoogiast, mis näeb ette vastusoorituskohustuse lõppemise juhul, kui võlausaldaja ei või nõuda kohustuse täitmist tulenevalt BGB §-st 275, s.o kui kohustuse täitmine on võimatu (BGB § 275 lg 1), äärmiselt ebaproportsionaalne (BGB § 275 lg 2) või isikliku iseloomuga (BGB § 275 lg 3). Selline seaduses väljendatud tingimuslik sünallagma õigustab vastusoorituskohustuse

⁹⁰⁸ Täitmise nõue on välistatud, kui võlausaldaja nõuab võlgnikult kahju hüvitamist täitmise asemel.

⁹⁰⁹ Vt nt Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 21; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 62; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14.

⁹¹⁰ Vt MüKo/Ernst, § 325, Rn 1, Rn 6 ff; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 210 f; Soergel/Gsell, § 325, Rn 2; BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 5 ff; BeckOK/Unberath, § 281 Rn 33 ff; Mehring, S. 315.

⁹¹¹ Vt Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 21; Nomos Komm/Dauner-Lieb, § 281, Rn 62. Õiguskirjanduses esineb põhjenduste paljus, kuid kõiki seisukohti ei ole käesoleva töö raames optimaalne analüüsida. Autor on valinud õiguskirjanduses esindatud kaks kõige keskmalt seisukohta.

⁹¹² Van den Daele, S. 26, S. 89; Arnold (2003), S. 430.

⁹¹³ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14; vrdl ka Jauernig/Stadler, § 326, Rn 4–12.

automaatset lõppemist ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel.⁹¹⁴ Seega, kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine toob kaasa võlgniku täitmiskohustuse lõppemise, langeb sarnaselt BGB § 326 lg 1 regulatsiooniga *ipso iure* ära ka võlausaldaja vastusoorituskohustus.⁹¹⁵ Sellise tulemuse näol on tegemist seadusandja üldise arusaamaga sooritus- ja vastusoorituskohustuse omavahelisest seosest ning selle kordamine BGB § 281 juures oleks üleliigne.⁹¹⁶

Sarnasel seisukohal on ka Arnold, kes lähtub tõlgendamisel BGB § 281 ja § 326 lg-e 1 ühetaolise sisustamise põhimõttest. Automaatne vastusoorituse lõppemine tuleneb soorituse ja vastusoorituse seotusest sünallagmaatilistes lepingutes. Seda põhjusel, et vastastikune leping ei ole suunatud mitte väärtuste, vaid soorituste vahetamisele.⁹¹⁷

Schwarze märgib, et olukorras, kus seadus selgesõnaliselt võlausaldaja vastusoorituskohustuse saatust ette ei näe ja võlausaldajal on õigus kahju arvestada erinevatel põhimõtetel (surrogatsiooni- ja diferentsimeetod), tuleks kuni võlausaldaja poolt kahjunõude esitamiseni võlausaldaja vastusoorituskohustust jaatada või kohustada võlausaldajat juba nõude esitamisel nimetama, millisel viisil ta kahju arvestab.⁹¹⁸ Kokkuvõttes leiab aga Schwarze, et üldiselt tuleks eelistada tõlgendust, et tulenevalt soorituse ja vastusoorituse tingimuslikust sünallagmast toob kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine kaasa võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise.⁹¹⁹ Sarnasele järeldusele on jõudnud ka mitmed teised autorid, toetades võlausaldaja vastusoorituskohustuse automaatset lõppemist tulenevalt vastastikuste kohustuste erilisest (sünallagmaatilisest) seosest.⁹²⁰

Alapeatüki sissejuhatuses esitatud näidiskaasuse puhul tooks tõlgendus, et võlgniku täitmiskohustuse lõppemisega lõpeb automaatselt ka võlausaldaja vastusoorituskohustus, kaasa järgmise lahenduse: *O poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude tulemusena tuleb pooltel saadu vastastikku tagastada. Seega tuleb O-l pöörduda tagasi Magicu juurde, M aga saab tagasi uunikumist Ford T. O võib endiselt nõuda M-lt kahju hüvitamist. Selline O nõue on suunatud ostuhinna vahe hüvitamisele. O võib nõuda asendustehingule kantud lisakulude hüvitamist, samuti lepingujärgse nn ostuhinna ja M-i soorituse väärtuse vahe hüvitamist.*⁹²¹

4.4.2.2 Tingimusliku sünallagma kriitika

Kuigi suur osa autoreid õigustab võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist tingimusliku sünallagma põhimõttega (nn esimene grupp autoreid), on Saksa õiguskirjanduses tugevalt esindatud seisukoht, et nõude esitamine ei puuduta võlausaldaja vastusoorituskohustust ja vaatamata võlausaldaja täitmisenõude lõppemisele võib võlgnik

⁹¹⁴ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14.

⁹¹⁵ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 21; Staudinger/Otto, § 325, Rn 16; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14; Arnold (2003), S. 429 ff.

⁹¹⁶ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 14.

⁹¹⁷ Clevinghaus, S. 151; Arnold (2003), S. 430; Schöller, S. 693, 611.

⁹¹⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 21.

⁹¹⁹ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 21.

⁹²⁰ Vt nt Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52; Krause, S. 304.

⁹²¹ Vt VÕS § 135 järgi arvestatava hinnavahe hüvitamise nõude kohta täpsemalt ptk 5.

endiselt nõuda vastusoorituskohustuse täitmist. Järgnevalt analüüsitaksegi nn *teise grupi* autorite seisukohti ja nende kaalutluste aluseks olevaid põhjendusi.

Esimene argumendina märgitakse, et kuigi tingimusliku sünallagma põhimõte on BGB-s leidnud väljendamist, ei sätesta seadus, et selline põhimõte kehtib piiranguteta. Nii sätestab nt BGB § 326 lg 3, et kui võlausaldaja otsustab täitmisenõude võimatuse korral nõuda võlgnikult viimase soorituse asemele astunud hüvitise väljaandmist (BGB § 285), jääb võlausaldaja vastusoorituskohustus võlgniku soorituskohustuse lõppemisest sõltumata püsima. Tegemist on vahetu kõrvalekaldega tingimusliku sünallagma põhimõttest.⁹²²

Teise vastusoorituskohustuse *ipso iure* äralangemise vastuargumendina märgitakse, et BGB § 326 lg 3 enda regulatsioon on vastuoluline.⁹²³ Kuna säte räägib vastusoorituskohustuse *püsima jäämisest*, siis saab sellest järeldada, et vastusoorituskohustus ei olegi kunagi lõppenud. Teisisõnu, *püsima jääda* saab üksnes miski, mis on alles, mitte ei teki uuesti. Seega ei saa ka võlausaldaja poolt BGB § 285 järgse nõude (õigus nõuda soorituse asemele astunud hüvitise väljaandmist) esitamisel lugeda võlausaldaja vastusoorituskohustust lõppenuks. Seega räägib BGB enda regulatsioon vastu tingimusliku sünallagma põhimõtte rangele kehtivusele. Vastavalt ei saa ka tingimuslikust sünallagmast lähtuvad põhjused olla võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppenuks lugemisel veenvad.⁹²⁴

Kolmanda ja kõige olulisema põhjendusena märgitakse, et ekslikud on õiguskirjanduses esindatud käsitlused, mille järgi eeldab tingimusliku sünallagma põhimõte võlgniku soorituskohustuse äralangemisel võlausaldaja vastusoorituskohustuse automaatset lõppemist. Tingimusliku sünallagma põhimõtte tegelik sisu on, et olukorras, kus võlgniku soorituskohustus lõpeb ja võlausaldaja võib olla kaotanud huvi omapoolse vastusoorituskohustuse täitmise vastu, *peab võlausaldajale olema tagatud võimalus vabaneda omapoolse vastusoorituskohustuse täitmisest*.⁹²⁵ Seega on rõhk sellel, et võlausaldajale oleks tagatud võimalus vastusoorituskohustuse täitmisest vabaneda, mitte aga et selline tulemus oleks *ipso iure* vältimatu. Kohustuse täitmisest vabanemise võimaluse tagamine on oluline, kuna vastastikuse lepingu korral on võlausaldaja algselt kohustunud vastusoorituseks üksnes tingimusel, et ta saab oma soorituse vastu võlgniku soorituse. Seega kui võlgniku sooritus langeb mingil põhjusel ära, ei pea ka võlausaldaja leppima üksnes soorituse väärtuse hüvitamisega.⁹²⁶ Seega kui võlausaldajale on võlgniku kohustuse lõppemisel tagatud vastusoorituskohustusest vabanemise võimalus, ei ole oluline, kuidas selline tulemus õigustehniliselt saavutatakse.⁹²⁷ Tingimusliku sünallagma põhimõttega on kooskõlas tulemus, kui

⁹²² Cleavinghaus, S. 152–153.

⁹²³ BGB § 326 lg 3 ls 1 tekst: „(3) *Verlangt der Gläubiger nach § 285 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet.*”

⁹²⁴ Cleavinghaus, S. 152.

⁹²⁵ Van den Daele, S. 26.

⁹²⁶ Cleavinghaus, S. 157.

⁹²⁷ Kaiser (2000), S. 85; van den Daele, S. 102; Cleavinghaus, S. 157.

võlausaldaja saab vastusoorituskohustusest vabaneda mõne kujundusõiguse teostamise, nt lepingust taganemise tulemusena.⁹²⁸

Eelnevast ilmneb, et tingimusliku sünallagma põhimõtte ei ole BGB-s sätestatud range printsiibina. Samuti ei nõua tingimusliku sünallagma põhimõtte võlgniku kohustuse äralangemisel võlausaldaja vastusoorituskohustuse vältimatut lõppemist. Oluline on, et võlausaldajale on tagatud võimalus vastusoorituskohustusest vabaneda, kui ta seda soovib. Seega ei saa nõustuda nn esimese grupi autoritega, kelle hinnangul kaasneb võlgniku kohustuse lõppemisega *ipso iure* ka võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine.

4.4.2.3 Vastusoorituskohustuse püsijäämine

Kuna tingimusliku sünallagma põhimõtte ettekäändel võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist õigustada ei saa, siis leiab nn *teine grupp* Saksa teoreetikuid, et võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine lõpetab üksnes võlgniku täitmiskohustuse, kuid võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemisega ei ole sel mingit puutumust.⁹²⁹ Keskse põhjendusena märgitakse, et BGB võlaõiguse moderniseerimisseaduse (SMG) jõustumisega on seaduse regulatsioon ümber kujundatud selliselt, et võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine on *ammendavalt reguleeritud lepingust taganemise sätete alusel*, mistõttu ei ole kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel seost vastusoorituskohustuse lõppemisega. Leitakse, et erinevalt lepingust taganemisega silmas peetud restitutsioonist on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue seotud kokkulepitud vahetushuvi tagamisega ning nõudega tagatakse võlausaldajale väärtuse saamine, mida ta pidas silmas võlgniku soorituse täitmisega. Märgitakse, et selline kontseptsioon ja tulemus vastavad ühtlasi sellistele rahvusvahelistele regulatsioonidele nagu CISG (vrld art 49, art 64, art 81 jj), PECL, PICC ja DCFR (vrld art III-3:502 kuni 508).⁹³⁰ Seejuures rõhutatakse, et selline tõlgendus ei lähtu mingist BGB eriregulatsioonist, vaid põhineb ideel, et lepingust taganemise ja kahju hüvitamise nõude näol on tegemist erinevate õiguskaitsevahenditega, millel on erinevad eesmärgid ja funktsioon.⁹³¹

Nii leiavadki mitmed autorid, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku tulemusel võlausaldaja vastusoorituskohustuse automaatselt lõppenuks lugemine on põhimõtteliselt vastuolus BGB muutunud regulatsiooniga, samuti kahju hüvitamise nõude ning lepingust taganemise õiguse omavahelise suhtega. BGB § 325 sätestab, et võlausaldajal on valikuõigus, kas ta taganeb lepingust või nõuab kahju hüvitamist, samuti võib ta soovi korral õiguskaitsevahendeid kombineerida. Selliselt on lepingust taganemine seaduse mõtte kohaselt ainus õiguskaitsevahend,

⁹²⁸ Van den Daele, S. 102; Kaiser (2000), S. 85.

⁹²⁹ Vt MüKo/Ernst, vor § 323, Rn 6, § 281, Rn 11, § 325, Rn 5 ff; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281 Rn 210 ff; Soergel/Gsell, § 325, Rn 2; BeckOK/Shmidt, § 325, Rn 5 ff; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 33 ff; Mehring, S. 315.

⁹³⁰ MüKo 7/Ernst, vor § 323, Rn 6; vrld Bamberg/Roth/Unberath, § 281, Rn 33.

⁹³¹ MüKo 7/Ernst, vor § 323, Rn 6; vt kahju hüvitamise täitmise asemel ja lepingust taganemise piiritlemise kohta ptk 4.4.3.

mille abil saab võlausaldaja oma vastusoorituskohustuse täitmisest vabaneda.⁹³² Teisisõnu, kui võlausaldaja arvestab kahjusid isoleerituna, s.o lepingust taganemata, on selle tulemus, et tema vastusoorituskohustus jääb püsima.⁹³³ Ühtlasi tähendab see, et võlausaldaja ei saa vastusoorituskohustuse täitmisest vabaneda kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise, vaid üksnes lepingust taganemise tulemusena.⁹³⁴ Seega toob kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine BGB § 281 lg 4 ja lg 5 järgi kaasa üksnes võlausaldaja täitmisenõude (ja võlgniku täitmiskohustuse) lõppemise. Võlausaldaja vastusoorituskohustust see ei puuduta. Kui võlausaldaja soovib vastusoorituskohustusest vabaneda ja nõuda võlgnikult näiteks juba üle antud eseme tagastamist, tuleb tal selle saavutamiseks lepingust taganeda.⁹³⁵ Üksnes kahjunõude esitamisega võlausaldaja üleantu tagastamist ja vastusoorituskohustuse täitmisest vabanemist saavutada ei saa.⁹³⁶

Õiguskirjanduses märgitakse, et täiendavalt räägib võlausaldaja vastusoorituskohustuse püsijäämise kasuks asjaolu, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on maksmapandav nii põhi- kui ka kõrvalkohustuste täitmise asemel, samuti ühepoolsetes lepingutes. Ühepoolsete lepingute puhul ei saa aga rääkida kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel mingist võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemisest, kuna sellist vastusoorituskohustust ei eksisteeri.⁹³⁷ Lõpetuseks rõhutatakse, et ka BGB § 281 lg 4 sõnastus räägib selgelt, et nõude esitamine toob kaasa *üksnes* täitmisenõude lõppemise ning sättest ei tulene ühelgi viisil, et sellega kaasneb ka võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine.⁹³⁸

Kokkuvõtvalt saab märkida, et olulise osa Saksa autorite hinnangul kaasneb kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega üksnes võlausaldaja täitmisenõude ja sellele vastava võlgniku täitmiskohustuse lõppemine. Nõude esitamisel puudub seos võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemisega. Kui võlausaldaja siiski soovib vastusoorituskohustusest vabaneda, tuleb tal selleks lepingust taganeda. Argumentatsioon, millega loetakse võlausaldaja vastusoorituskohustus *ipso iure* lõppenuks tulevalt tingimusliku sünallagma põhimõttest, ei ole veenev. Tingimusliku sünallagma põhimõttest sellist järeldust teha ei saa. Tingimusliku sünallagma põhimõtte sisu on, et võlgniku täitmiskohustuse äralangemisel peab võlausaldajale olema *tagatud võimalus* vastusoorituskohustuse täitmisest vabaneda. Selle saab võlausaldaja edukalt saavutada aga lepingust taganemise teel. *Last but not least*, ka BGB § 281 lg 4 tekst, mille ümber kogu vaidlus keerleb, näeb selgelt ette, et kahju hüvitamise täitmise asemel

⁹³² Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 210; BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 5; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 33 ff; Gsell (2004), S. 647; Mehring, S. 315.

⁹³³ MüKo/Ernst, § 325, Rn 5 ff, § 281, Rn 11; Clevinghaus, S. 151; Soergel/Gsell, § 325, Rn 17 ff.

⁹³⁴ Bamberg/Roth/Unberath, §281, Rn 33; Soergel/Gsell, § 325, Rn 18; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 212, 257; MüKo/Ernst, § 325, Rn 1; Bamberg/Roth/Schmidt, § 325, Rn 5.

⁹³⁵ Soergel/Gsell, § 325, Rn 2, Rn 17.

⁹³⁶ Vt kokkuvõtlikult Tonner/Tamm/Willingmann, 2010, § 280, Rn 14–16; vt ka MüKo/Ernst, § 325, Rn 6 ff; Soergel/Gsell, § 325, Rn 6, Rn 18; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 210–212, Rn 257.

⁹³⁷ MüKo/Ernst, § 281, Rn 11.

⁹³⁸ Bamberg/Roth/Unberath, § 281, Rn 33.

nõude esitamine lõpetab üksnes täitmisenõude. Võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise kohta puudub sättes mis tahes indikatsioon.

4.4.3 VÕS-i lahendus

VÕS ei sätesta, milline on võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tähendus võlausaldaja vastusoorituskohustusele. Nagu eelnevalt märgitud,⁹³⁹ tuleb Riigikohtu hinnangul põhikohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõude esitamist käsitleda *konkludentse lepingust taganemisena*: „*kahju hüvitamise nõudmist kogu lepingu täitmise asemel saab põhimõtteliselt lugeda samaaegseks lepingust taganemiseks.*”⁹⁴⁰ Sarnasele järeldusele on jõutud ka õiguskirjanduses.⁹⁴¹ Nii Riigikohtu praktikas kui ka õiguskirjanduses puudub aga esitatud järelduste osas sisuline normianalüüs ja argumentatsioon ning piiratud on pelgalt konstateeringutega.

Kuna valitseva arvamuse järgi toob kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine kaasa lepingust taganemise, peaks nõude esitamise tulemusena lõppema ka võlausaldaja vastusoorituskohustus (ostja ostuhinna tasumise kohustus). Autori hinnangul on selline tõlgendus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgedest aga **suuresti küsitav**. Teisisõnu, selline tõlgendus võiks olla õigustatud *üksnes juhul*, kui seda toetaksid kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise eesmärk, samuti peaksid kattuma õiguskaitsevahendite maksmapaneku eeldused. Vastasel juhul puudub aga alus siduda kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega lepingust taganemise tagajärgi. Järgnevalt võrreldaksegi kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise eesmärki ja funktsiooni ning uuritakse, millised on õiguskaitsevahendite kasutamise kesksed eeldused. Peatüki teises pooles uuritakse, kuidas on tingimusliku sünnalagma regulatsioon leidnud kajastamist VÕS-s ja millist tähendust see omab võlausaldaja (ostja) vastusoorituskohustusele. Peatüki lõpetab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise tagajärgede võrdlus. Seega peab peatükk andma vastuse, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärg võlausaldaja (ostja) vastusoorituskohustuse püsijäämisele või lõppemisele VÕS-s.

4.4.3.1 Kahju hüvitamise nõude eesmärk

Kahju hüvitamise eesmärgi sätestab VÕS § 127 lg 1, mille järgi on kahju hüvitamise ülesanne kahjustatud isiku (võlausaldaja, ostja) asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane sellele, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks

⁹³⁹ Vt ptk 4.4.1.

⁹⁴⁰ RKTko 3-2-1-50-06, p 23; RKTko 3-2-1-165-09, p 13; RKTko 3-2-1-31-08, p 16; RKTko 3-2-1-37-08, p 25; RKTko 3-2-1-45-08, p 18; RKTko 3-2-1-37-09, p 14; RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

⁹⁴¹ Vt Kull/Käerdi/Kõve, lk 258–259; VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 396; VÕS I uues kommentaaris on Kõve muutnud varasemat seisukohta ja leidnud, et kahju hüvitamist lepingulise põhikohustuse täitmise asemel saab nõuda ka lepingust taganemata, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 603–604.

olevat asjaolu ei oleks esinenud (VÕS § 127 lg 1). Lepingu rikkumise korral on kahju hüvitamise eesmärk võlausaldaja asetamine olukorda, milles ta oleks olnud, kui lepingut ei oleks rikutud, kusjuures kahju hüvitamine ei tohi olla kannatanu (võlausaldaja) rikastumise allikas.⁹⁴² Seeläbi kaitstakse kahju hüvitamise nõude kaudu võlausaldaja positiivset huvi ehk täitmishuvi (nn positiivne kahju).⁹⁴³ Kahju ulatuse hindamisel lähtub VÕS diferentsihüpoteesi põhimõttest,⁹⁴⁴ mille kohaselt võrreldakse kahju arvestamisel kahjustatud isiku varalist olukorda peale kahju tekitanud sündmuse aset leidmist sellise hüpoteetilise varalise olukorraga, milles võlausaldaja oleks olnud juhul, kui kahju tekitanud sündmust (lepingurikkumist) poleks aset leidnud.⁹⁴⁵ Diferentsihüpoteesi järgi kahju arvestamine eeldab võlausaldaja varalise positsiooni võrreldavat halvenemist, s.t võlausaldaja peab võlgniku lepingurikkumise tõttu olema realselt sattunud halvemasse olukorda võrreldes sellega, milles ta oleks olnud, kui rikkumine ei oleks aset leidnud.⁹⁴⁶ Seejuures kehtib totaalreparatsiooni põhimõte: võlgnikul tuleb hüvitada kogu tekitatud kahju ning seda sõltumata rikutud kohustuse raskusest või rikkumise etteheidetavusest.⁹⁴⁷ Kokkuvõtvalt saab väita, et Eesti õiguses on kahju hüvitamise keskne eesmärk võlausaldajale majandusliku olukorra taastamine ehk restitutsioon.⁹⁴⁸

VÕS-i kahju hüvitamise regulatsioon ja selle eesmärk lähtub mandrieuroopalikule õigusmõtlemisele omasest doktriinist, mille järgi on tsiviilõiguslikul kahju hüvitamise kohustusel eelkõige kompensatsioonifunktsioon.⁹⁴⁹ Kahju hüvitamise läbi kaitstakse võlausaldaja vara ulatuses, milles see on saanud kahjustada võlgniku rikkumise tagajärjel, s.o kahju hüvitamine peab tagama võlausaldaja *vara väärtuse* säilimise. Üksnes erandlikel juhtudel on kahju hüvitamise eesmärk tagada vara koosseisu säilimine.⁹⁵⁰ Ühtlasi on Eesti tsiviilõigusele võõras punitiivse kahju arvestus ja kahju hüvitamise eesmärk ei ole kahju tekitaja karistamine.⁹⁵¹ Kokkuvõtvalt saab märkida, et VÕS-i

⁹⁴² RKTko 3-2-1-20-14, p 13; RKTko 3-2-1-130-15, p 13; RKTko 3-2-1-60-15, p 16; RKTko 3-2-1-137-05, p 11; RKTko 3-2-1-45-08, p 16.

⁹⁴³ Positiivse ja negatiivse kahju, samuti normatiivse ja reaalse kahju eristamise kohta vt VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 438–439; samuti RKTko 3-2-1-106-03, p 14; RKTko 3-2-1-89-06, p 16 jj.

⁹⁴⁴ Samuti RKTko 3-2-1-100-13, p 13; RKTko 3-2-1-36-15, p 22; VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 440.

⁹⁴⁵ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 437; Kull/Käerdi/Kõve, lk 264–265.

⁹⁴⁶ RKTko 3-2-1-36-15, p 22; RKTko 3-2-1-110-13, p 16; RKTko 3-2-1-197-13, p 22; diferentsipõhimõte on kohaldatav varakahjule, mitte aga mittevaralisele kahjule. Viimase puhul on kahju tegeliku suuruse hindamine võimatu ning lähtuda tuleb kaalutusotsusest, vrdl RKTko 3-2-1-19-08, p 13; RKTko 3-2-1-152-09, p 16.

⁹⁴⁷ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 438; Kull/Käerdi/Kõve, lk 280; VÕS § 128 regulatiivne tähendus on piiratud, see ei ole kahju hüvitamise nõude alus ega piira ka muu kahju hüvitamist, mida VÕS § 128 lg-tes 2–5 sätestatud legaaldefiniitsioonid ei hõlma.

⁹⁴⁸ Kull/Käerdi/Kõve, lk 264; Sein (2007), lk 16 jj; VÕS § 128 näol ei ole tegemist kahjuhüvitise ulatust reguleeriva, vaid kahju liikide legaaldefiniitsiooni ette nägeva sättega, vt VÕS Komm I/Sein, § 128, lk 450.

⁹⁴⁹ Sein (2008), lk 93 jj.

⁹⁵⁰ Vara koosseisu säilitamise eesmärk tuleb kõne alla eelkõige deliktliste nõuete puhul, vrdl VÕS § 132 ja RKTko 3-2-1-121-08, p 15.

⁹⁵¹ Sein (2007), lk 16 jj; Sein (2008), lk 93 jj; RKTko 3-2-1-137-05, p 11; vrdl ka RKTko 3-2-1-71-14 esitatud H. Jõksi ja V. Kõve eriarvamuse p 9. Saksa õiguse osas võrdlevalt Wagner, S. 15.

kahju hüvitamise regulatsioon ja sellega taotletud eesmärgid vastavad laialt tunnustatud euroopalikele tsiviilõiguse põhimõtetele. Võrdlusena võib välja tuua, et ka BGB § 249, CISG art 74, PECL art 9:502 ls 1 ja PICC art 7.4.2 näevad kahju hüvitamise eesmärgina ette võlausaldajale endise olukorra taastamise.⁹⁵² Kahju hüvitamise kohustus ei seonu üldiselt võlgniku karistamise eesmärgiga.⁹⁵³

4.4.3.2 Lepingust taganemise eesmärk

Lepingust taganemise õiguse näol on tegemist võlausaldaja jaoks keskse õiguskaitsevahendiga kahju hüvitamise nõude kõrval. Erinevalt kahju hüvitamisest on lepingust taganemise näol tegemist kujundusõigusega, mis lõpetab pooltevahelise täitmisuhte, kujundades selle ümber tagasitäitmisevõlasuhte.⁹⁵⁴ Kuna taganemise eesmärk avaldub läbi taganemise tagajärgede, keskendubki järgnev analüüs taganemise tagajärgede väljaselgitamisele.

Lepingust taganemisel on kaks kesket tagajärge. *Esmalt* lõpetab lepingust taganemine vastastikku täitmisenõuded,⁹⁵⁵ millega kaasneb ühtlasi poolte täitmiskohustuste lõppemine.⁹⁵⁶ Kui pooled ei ole vastastikku sooritusi veel teinud, vabastab lepingust taganemine pooled edasiste soorituste tegemisest.⁹⁵⁷ Täitmisuhte lõppemine ei tähenda aga, et senine lepinguline võlasuhe muutuks tervikuna olematuks või lõpeks, muutub üksnes pooltele lepingust tulenevate kohustuste programm, mis on suunatud juba üle antud kohustuste tagastamisele.⁹⁵⁸ Kuna lepingust taganemine mõjub üksnes

⁹⁵² Sisuliselt samale tulemusele on suunatud ka CISG art 74, vt MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 2; Schlechtriem/Schwenzer, art 74, Rn 2–3; põhjalikult Sutton, p 742 ff; samuti PICC Comm, art 7.4.2, p 266–267; BGB järgi on võlausaldajal alati lubatud kahju arvestada konkreetse kahjuarvestuse järgi, st nõude tegelike konkreetsetest üksikjuhtumi elulistest asjaoludest tulenevate kahjude hüvitamist. Konkreetne kahju arvestatakse diferentsihüpoteesile tuginevalt, hinnates võlausaldaja tegelikku varalist olukorda hüpoteetilise varalise seisuga, mis oleks olnud kohustuste kohaselt täitmisel. Saldo kujutabki kahju, vt BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 12; BGHZ NJW 1994, 2480; BGH NJW 1981, 1834; BGH NJW 1982, 326; BGH NJW 1998, 2901, 2902; Schwarze, § 25, D Rn 16. Seega tuleb võlausaldaja panna varaliselt olukorda, milles ta oleks olnud soorituse kohasel täitmisel.

⁹⁵³ Vt CISG kohta nt CISG AC-Opinion/Gotanda, art 74, No. 6 komm B p 9.5; MüKoCISG/Huber, 74, Rn 16; Bianca/Bonell, art 74, Rn 3.7; Kröll/Gotanda, art 74, Rn 41.

⁹⁵⁴ Kull/Käerdi/Köve, lk 297–298; vt ka VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930; RKTko 3-2-1-29-06, p 27; RKTko 3-2-1-34-13, p 15; RKTko 3-2-1-129-07, p 17; RKTko 3-2-1-129-05, p 17; RKTko 3-2-1-90-12, p 15; RKTko 3-2-1-57-11, p 31; RKTko 3-2-1-104-11, p 25; RKTko 3-2-1-129-05, p 17.

⁹⁵⁵ Kull/Käerdi/Köve, lk 298; VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624–625; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930.

⁹⁵⁶ VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930; sarnaselt ka CISG art 81, vt nt MüKoHGB/Benicke, art 81, Rn 2.

⁹⁵⁷ VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930; vt selle kohta Saksa õiguses, Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 2.

⁹⁵⁸ Kull/Käerdi/Köve, lk 298; VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930; sarnaselt Saksa õiguses Soergel/Lobinger, vor § 346 Rn 12; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 67; MüKo/Gaier, vor 346, Rn 35. Sarnase taganemisregulatsiooni funktsiooni näeb ette ka PECL art 9:305, mille järgi vabastab lepingust taganemine pooled edaspidisest täitmiskohustusest. Taganemine ei too kaasa lepingu tagasiulatuvat lõppemist. PECL art-d 9:307–9:308 tagavad

tulevikku suunatuna (*ex nunc*),⁹⁵⁹ tuleb kõik senised poolte tehtud sooritusel lugeda tehtuks lepingu alusel. Selliselt ei ole tagasitaitmiskohustused käsitletavad modifitseeritud rikastumisnõuetena, vaid lepinguliste kohustustena⁹⁶⁰ ning poolte nõuded põhinevad esialgsel lepingulisel suhtel, millest tulenev kohustuste programm ja soorituste suund on läbi taganemise muutunud.⁹⁶¹

Teine taganemise keskne tagajärg on pooltel täitmissuhte raames saadu tagastamise kohustuse tekkimine (VÕS § 189 lg 1). Nii tuleb pooltel tagasitaitmissuhte raames anda teineteisele *natuuras* välja see, mis nad on lepingu täitmisena teiselt poolelt saanud.⁹⁶² Kui saadu tagastamine või väljaandmine on võimatu, peab lepingupool hüvitama tagastamisele kuuluva saadu väärtuse (VÕS § 189 lg 2).⁹⁶³ Kui tagastamisele või väljaandmisele kuuluv asi on halvenenud ja halvenemine ei ole tekkinud asja korrapärase kasutamise tulemusena, tuleb tal lisaks eseme tagastamisele hüvitada ka asja väärtuse vähenemine (VÕS § 189 lg 4).⁹⁶⁴ Taganemisel puudub põhimõtteliselt asjaõiguslik toime, st et asjaõigusliku tehingu kehtivust see ei mõjuta, samuti ei too lepingust taganemine kaasa üleantud müügieseme omandiõiguse müüjale tagasilangemist.⁹⁶⁵ See tähendab, et pooltel tekivad vastastikku üksnes võlaõiguslikud nõuded üleantu tagastamiseks. Poolte õiguste ja kohustuste programmi tagasiulatuvat muutumist taganemine kaasa ei too.⁹⁶⁶ Kokkuvõtlikult saab märkida, et taganemise funktsiooniks tuleb lugeda lepingu alusel sooritatut tagasitaitmist ehk restitutsiooni.⁹⁶⁷

Taganemise tagajärgedest tuleneb taganemise eesmärk. Õiguskirjanduses märgitakse, et lepingust taganemise eesmärk on asetada pooled olukorda, milles nad oleksid olnud, *kui lepingut ei oleks sõlmitud*.⁹⁶⁸ **Sellise käsitleusega ei saa nõustuda.** Kuna lepingust taganemine mõjub täitmissuhtet lõpetavana *ex nunc* ja selle tulemusena asendub täitmissuhte tagasitaitmisvõlasuhte ning kohustusega tagastada teisele poolele lepingu täitmisena saadu, tuleb lepingust taganemise tegelikuks eesmärgiks lugeda sellise olukorra taastamist, milles pooled olid lepingu sõlmimise järgselt, *kuid enne*

pooltele üleantu tagasinõudmise õiguse, mis läbi saavutatakse soorituste tagasitaitmine, toomata kaasa lepingu lõppemist. Seega näeb ka PECL tagasitaitmise ülesandena ette täitmissuhte lõppemise ja restitutsiooni võimaldamise, vt PECL Comm, p 419 ff. Taganemisel ei ole kahju hüvitamise funktsiooni, küll aga on taganemine kahjunõudega kombineeritav (PECL art 8:102), vt von Bar/Zimmermann, S. 507–509, S. 511–514, S. 437–438.

⁹⁵⁹ Kull/Käerdi/Kõve, lk 298; sarnaselt Saksa õiguses Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 4; Döll, S. 57.

⁹⁶⁰ Vrdl ka Kull/Käerdi/Kõve, lk 298–299; VÕS Komm I/Kõve; lk 625, lk 627, lk 633.

⁹⁶¹ Vrdl VÕS Komm I/Kõve, lk 627, lk 633; Saksa õiguses sarnaselt, vt Soergel/Lobinger, vor § 346 Rn 12; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 67; MüKo/Gaier, vor 346 f, Rn 35.

⁹⁶² Kull/Käerdi/Kõve, lk 298; RKTko 3-2-1-90-12, p 15 jj; VÕS Komm I/Kõve, § 189, lk 627 jj; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 189, lk 933–935; sarnaselt Saksa õiguses, vt Soergel/Lobinger, vor § 346, Rn 3, § 346, Rn 1.

⁹⁶³ Vt põhjalikult VÕS Komm I/Kõve, § 189, lk 628 jj; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 189, lk 935 jj.

⁹⁶⁴ Vt põhjalikult RKTko 3-2-1-90-12, p 15 jj.

⁹⁶⁵ Vt RKTko 3-2-1-129-05, p 17; Kull/Käerdi/Kõve, lk 298; VÕS Komm I/Kõve, § 189, lk 627–628; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 189, lk 933–934; sarnaselt Saksa õiguses, nt Staudinger/Kaiser, vor § 346, Rn 1, § 346 Rn 1; Soergel/Lobinger, vor § 346, Rn 11.

⁹⁶⁶ Döll, S. 57.

⁹⁶⁷ Sarnaselt Kull/Käerdi/Kõve, lk 298–299; vt Saksa õiguses Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 1.

⁹⁶⁸ Kull/Käerdi/Kõve, lk 298.

soorituste vahetamist. Sarnasele seisukohale on jõutud ka Saksa õiguses,⁹⁶⁹ mille BGB §-d 346–349 on VÕS-i taganemise regulatsiooni eeskujuks.⁹⁷⁰ Kuna taganemine ei too kaasa lepingu lõppemist (kehtetust), vaid üksnes taganemisvõlasuhte tekkimise, ei saa taganemise eesmärgiks pidada lepingu sõlmimise eelse olukorra taastamist.⁹⁷¹ Seda kinnitab asjaolu, et lepingust taganemise korral ei puuduta viga mitte lepingu sõlmimise protsessi (erinevalt näiteks lepingu tühistamise juhtumitest), vaid lepinguliste soorituste täitmise staadiumi. Seega peab taganemine tegema olematuks soorituste vahetamise, mitte aga lepingu sõlmimise.⁹⁷² Vastavalt on taganemise eesmärk saavutada *status quo ante contractum*.⁹⁷³

Kuna taganemine on suunatud soorituste vahetamise eelse olukorra saavutamisele, ei puuduta taganemine selliseid võlausaldaja kasutuks osutunud kulutusi ja saamata jäänud tulu, mida võlausaldaja on kandnud võlgniku kohustuste täitmisse uskudes või millistest kasumlikest tehingutest võlausaldaja on võlgniku kohustuste rikku-mise tõttu ilma jäänud või millest pidanud loobuma.⁹⁷⁴ Taganemise eesmärgiga ei lange kokku ka võlausaldaja selliste huvide kaitsmine, mis on tüüpiliselt usaldus-kahju nõude esemeks.⁹⁷⁵ Kui negatiivse huvi (usalduskahju) hüvitamisel peetakse silmas ühe võlasuhte poole (kahjustatud isiku) huve, siis lepingust taganemisel tuleb kompenseerida mõlema poole huvid.⁹⁷⁶ Seega erinevalt usalduskahju hüvitamisest, mis peab silmas võlausaldaja asetamist hüpoteetilisse olukorda, milles ta oleks olnud lepingut sõlmimata, peab taganemine asetama mõlemad pooled olukorda, milles nad olid lepingu sõlmimise järgselt, kuid enne soorituste vahetamist.⁹⁷⁷

Eelnevast nähtub, et kahju hüvitamise nõude ja lepingust taganemise eesmärk on põhimõtteliselt erinev. Kui taganemise ülesanne on vabastada pooled edaspidi täitmissuhtega seotusest, võimaldada neil läbi viia restitutsioon⁹⁷⁸ ning naasta lepingu sõlmimise järgsesse, kuid soorituste vahetamise eelsesse olukorda, siis kahju hüvita-mise nõue peab silmas ühe poole (võlausaldaja) positiivse huvi tagamist. Erinev on ka õiguskaitsevahenditega silmas peetud soorituste täitmise suund: kui taganemine on suunatud soorituste tagasitäitmisele, siis kahju hüvitamise ülesanne on tagada ühele poolele (võlausaldajale) positsioon, milles ta oleks olnud kohustuste kohasel täit-misel. Kõige olulisemaks erinevuseks tuleb pidada, et kui võlausaldaja poolt lepingust taganemisel riskib võlgnik sellega, et ta ei saavuta lepinguga silmas peetud soorituste

⁹⁶⁹ Kaiser (2000), S. 509 f; Bamberg/Roth/Schmidt, § 346, Rn 1; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5; Erman/Röthel, vor §§ 346–354, Rn 2; Herresthal (2007), S. 799; BGH NJW 2008, 911, 912.

⁹⁷⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 188, lk 622; VÕS Komm I/Kõve, § 189, lk 626–627.

⁹⁷¹ Sarnaselt BGB järgi Döll, S. 51.

⁹⁷² Vt selle kohta Saksa õiguses Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5; Döll, S. 50–52; teisiti MüKo/Gaier, vor §§ 346 f, Rn 1.

⁹⁷³ MüKo/Gaier, vor § 346 f, Rn 1; BGHZ, NJW 1982, 105 (107); sarnaselt ka CISG-s, vt Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 81, Rn 5 ff. Sarnasele järeldusele võib jõuda ka uuemas õiguskirjanduses, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 188, lk 930–931, lk 933 jj.

⁹⁷⁴ Kaiser (2000), S. 509 ff; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5.

⁹⁷⁵ Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5.

⁹⁷⁶ Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5.

⁹⁷⁷ Erman/Röthel, vor §§ 346–354, Rn 2; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 5.

⁹⁷⁸ Vrdl ka CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 81, Rn 5.

vahetamist ja juba tehtud sooritused tuleb tagasi täita, siis kahju hüvitamise korral tuleb võlgnikul hüvitada võlausaldajale tekkinud kahju, *s.o võlgnikul tuleb kanda võlausaldaja täitmishuvi saavutamise riisikot*.⁹⁷⁹ Seega võib kokkuvõttes väita, et lepingust taganemisel ja kahju hüvitamise nõudel on oluliselt erinev eesmärk ning õiguskaitsevahendid on suunatud olemuslikult erinevate huvide saavutamisele.

4.4.3.3 Erinevused õiguskaitsevahendite kasutamise eeldustes

4.4.3.3.1 Õiguskaitsevahendi eseme ja ulatusega seotud erisused

Võttes arvesse, et lepingust taganemise eesmärk on lõpetada täitmissuhe ja taastada lepingu sõlmimise järgne, kuid soorituste vahetamise eelne olukord, on taganeda võimalik üksnes kehtivast *lepingulisest täitmissuhtest* (nt müügileping). Seevastu kahju hüvitamise täitmise asemel nõude võib võlausaldaja esitada *nii lepingulise täitmissuhte kui ka mis tahes muu võlasuhte raames*.⁹⁸⁰ Nii saavad pooled nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka nt lepingust taganemise tulemusena tekkinud tagasitäitmiskohustuste täitmise asemel (vt ka VÕS § 115 lg 2 ls 2 alt 1).⁹⁸¹ Juba taganetud lepingust aga uuesti taganeda ning seeläbi täitmissuhte juurde tagasi pöörduda ei saa.⁹⁸² Seega on lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude *rakendusala* oluliselt erinev.

Näide: automüüja M pakub sooduskampaania raames kõigile, kes loovutavad talle oma kuni 10 aasta vanuse auto, võimalust omandada uus auto kuni 5000 EUR odavamalt. O näeb suurepäraselt võimalust ja viib oma vana Ford Fiesta Superi M-le, soovides vastu saada võimalust omandada aastavanune Volvo maastur 50 000 EUR asemel 45 000 EUR eest. Kuna ostetud autol ilmnevad olulised puudused (VÕS § 223, § 116 lg 2 p 5), otsustab O lepingust taganeda ning nõuda tasutud 45 000 EUR ja Fordi tagastamist. M lepingust taganemisega ei nõustu, vaidleb sellele vastu ning raha ega autot ei tagasta. Peatselt kaotab O Fiesta tagastamise vastu huvi (VÕS § 115 lg 2 ls 2)⁹⁸³, otsustades nõuda M-lt auto väärtuse 4000 EUR hüvitamist. Täiendavalt tuleb M-l tagastada O-le viimase poolt tasutud ostuhind 45 000 EUR (VÕS § 189 lg 1).

⁹⁷⁹ Vrdl Saksa õiguses Weiss, S. 3395–3397.

⁹⁸⁰ Põhimõtteliselt saab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitada mis tahes eraõigussuhtest tuleneva sellise kohustuse täitmise asemel, mida saab olemuslikult teisendada rahaliseks kohustuseks, nt alusetu rikastumise, käsundita asjaajamise, asjaõigusliku väljaandmisnõude jms raames, vt VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 391–392; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 590 jj; vt ka RKTko 3-2-1-8-08 p 21; RKTko 3-2-1-127-08, p 12; RKTko 3-2-1-65-14, p 14; RKTko 3-2-1-25-14, p 12. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude rakendusala kohta Saksa õiguses sarnaselt vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 20 ff.

⁹⁸¹ Vrdl VÕS Komm I/Köve, § 115, lk 391–392; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 115, lk 590, lk 597.

⁹⁸² Taganemine kui kujundusõigus ei ole tagasivõetav, vt RKTko 3-2-1-43-15, p 10; RKTko 3-2-1-110-08 p 10-11; RKTko 3-2-1-129-05, p 37; TsÜS Komm/Kull, § 72, lk 234; VÕS Komm I/Köve, § 101, lk 319, lk 322; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 928. Kriitiliselt selles osas vt ptk 4.7.

⁹⁸³ Ebaõnnestunult ja kehtivat regulatsiooni eiravalt aga RKTko 3-2-1-130-15, p 10 jj, milles Riigikohus on kahju hüvitamise müügieseme tagastamise asemel nõude lahendamisel jätnud arvesse võtmata VÕS § 115 lg 2 ls 2 sätestatud piirangu, mille järgi saab tagastamise asemel kahju hüvitamist nõuda *üksnes juhul*, kui võlausaldaja on viivituse tõttu kaotanud huvi eseme tagastamise vastu.

Kirjeldatud näide ilmestab lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude erinevat kohaldamisala. Kui lepingust taganemise korral saaks O nõuda üksnes tasutud raha ja sissemaksena üle antud Fordi tagastamist – selleks tuleks O-l esitada nii raha kui ka auto tagastamise nõue (mitterahalise kohustuse täitmise sooritushagi) –, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõue võimaldab O-l vältida mitterahaliste nõuete esitamist ning asendada naturaalkohustuse täitmine kahju hüvitamisega. Antud juhul oleks natuuras tagastamise nõue O jaoks ebahuvitav ainuüksi seetõttu, et mitmeaastase kohtuskäimise tulemusena kaotab auto vahepealsel perioodil oluliselt väärtust, mistõttu tuleks O-l kas kannatada hinnalangusest tingitud kahju või esitada vastavas osas täiendav kahju hüvitamise nõue (VÕS § 189 lg 1 ja § 115 koosmõjus).⁹⁸⁴ Vältimaks sellist mitmekordset ja kurnavat kohtuskäimist ongi O otsustanud nõuda M-lt Fiesta tagastamise asemel selle väärtuse hüvitamist. Seega erinevalt lepingust taganemisest tagab kahju hüvitamise täitmise asemel nõue võlausaldaajale õiguste kaitsel olulise paindlikkuse ja dünaamika.⁹⁸⁵

Olulised erinevused on ka lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku *ulatus* osas. Kahju hüvitamist täitmise asemel võib võlausaldaaja nõuda kas *kogu täitmise asemel* või üksnes *piiratult*.⁹⁸⁶ Esitades nõude kogu täitmise asemel, lõpeb nõude esitamisega võlgniku (nt müüja) õigus ja kohustus lepingust tulenevad kohustused täita tervikuna⁹⁸⁷ ning võlausaldajal (nt ostjal) tuleb talle lepingu täitmisena saadu tagastada (VÕS § 115 lg 4 ls 2).⁹⁸⁸ Ostja võib aga esitada kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ka üksnes piiratult, nõudes näiteks müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse korral puuduste kõrvaldamise kulude või kohase ja mittekohase müügieseme väärtuse vahe hüvitamist. Müüja poolt mõne kõrvalkohustuse rikkumisel võib ostja nõuda ka üksnes kõrvalkohustuse asendustäitmisele kantud kulude hüvitamist (nt müügieseme dokumentatsiooni koostamise kulude hüvitamist).⁹⁸⁹ Sellisel juhul lõpeb pooltevaheline täitmissuhe üksnes esitatud nõude ulatuses – müüja ei saa edaspidi pakkuda rikkumise kõrvaldamist ja ostjal ei ole enam kohustust võtta müüja täitmisena pakutut vastu.⁹⁹⁰

Erinevalt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudest ei saa aga lepingust taganemise teel lõpetada pooltevahelist täitmissuhet üksnes piiratult. S.o lepingust taganemine lõpetab pooltevahelise täitmissuhte *tervikuna*, tuues kaasa kogu saadu tagastamise kohustuse.⁹⁹¹ Üksnes erandina võib tulla kõne alla osaline lepingust taganemine ja sedagi tingimusel, et tegemist on ositi täitmise juhtumiga ja et poolte sooritused on osadeks jaotatavad (VÕS § 116 lg 3).⁹⁹² Nii ei saa ostja näiteks asja lepingutingimustele mittevastavuse korral taganeda lepingust üksnes puudutatavalt müügieseme

⁹⁸⁴ Vt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeliste kohta täitmisnõude ees ptk 1.4.

⁹⁸⁵ Sarnaselt võiks alusetu rikastumise või väljaandmisnõude võlausaldaaja loobuda huvi kaotuse korral üleantu natuuras tagastamisest ja asendada selle kahju hüvitamise nõudega; vt ka ptk 1.4.

⁹⁸⁶ Vt ka ptk 2.4, ptk 3.1.2, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2.

⁹⁸⁷ Vt ptk 4.2.2.

⁹⁸⁸ Vt ptk 4.5.

⁹⁸⁹ Vt ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2.

⁹⁹⁰ Vt ptk 4.2.2.

⁹⁹¹ Vt ptk 4.4.3.5.

⁹⁹² Vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.2.

puudust (nt ostetud autol ilmnevate lubamatute mõlkide või liigse kütusetarbimise osas) või näiteks müüja poolt mõne kõrvalkohustuse rikkumisel (nt jätab müüja üle andmata müügieseme dokumentatsiooni või ei tee lubatud müügieseme kasutamiskoolitust) üksnes vastava kõrvalkohustuse suhtes. Kuna lepingust taganemine on reeglina võimalik üksnes tervikuna, siis peab ostja lepingust taganemise eelselt otsustama, kas ta soovib puudustega müügieseme endale jätta – sellisel juhul tuleb tal kasutada muid õiguskaitsevahendeid (eelkõige nõuda täitmist, alandada hinda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel) – või sellest loobuda. Seega funktsioneerivad lepingust taganemise õigus ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue põhimõtteliselt erinevalt. Kui eelnevalt kirjeldatud müüja rikkumiste puhul saab ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ka kitsalt üksnes rikutud kohustust puudutavalt (eelkõige nõudes rikkumise kõrvaldamise kulude hüvitamist) ning ülejäänud osas jääb täitmisse suhe püsima, siis lepingust taganeda saab ostja üksnes tervikuna. Seega on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue võlausaldaja jaoks *oluliselt paindlikum*, andes võlausaldajale võimaluse loobuda võlgniku täitmisest kas piiratult ja tervikuna.

Olgu eeltoodu kokkuvõtteks esitatud **järgmine näide**: M müüb O-le kolm tonni rauamaaki hinnaga 50 000 EUR. Rauamaagi üleandmisel ilmneb, et see ei vasta kokkulepitud kvaliteedingimustele. O-l on võimalik puudused kõrvaldada, lastes seda B-l töödelda spetsiaalsete kemikaalidega. Nõudes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel kahju hüvitamist täitmise asemel, saab O jätta maagi endale ning nõuda M-lt müügieseme lepingutingimustele vastavusse viimiseks kantud kulutuste 15 000 EUR hüvitamist (VÕS § 115 lg 1–3 koosmõjus VÕS § 127 lg-ga 1). O saab oma kahju hüvitamise nõude (15 000 EUR) tasaarvestada müüja ostuhinna tasumise nõudega (50 000 EUR). M-i jaoks on tulemuseks, et tema lepingust oodatud kasum väheneb algselt planeeritud 25 000 EUR-lt 10 000 EUR-le, s.o 15 000 EUR võrra. O saavutab aga lepinguga silmas peetud varalise olukorra, kandes kokku lepingutingimustele vastava rauamaagi omandamiseks 50 000 EUR (M-le 35 000 EUR ostuhind ja B-le 15 000 EUR puuduste kõrvaldamiseks).

Kui O aga otsustab täiendava tähtaja edutul möödumisel lepingust taganeda (VÕS § 116 lg 2 p 5, § 223), tuleb tal saadud maak M-le täielikult tagastada. O-l puudub võimalus taganeda lepingust piiratult, kuna tegemist ei ole ositi täitmise juhtumiga, samuti ei ole M-i sooritus jaotatav kohaselt ja mittekohaselt täidetud osadeks (kvaliteedidefitsiit puudutab M-i täitmist tervikuna). Nüüd sõlmib O M2-ga asendustehingu ostuhinnaga 60 000 EUR, nõudes M-lt asendustehingule kantud lisakulu 10 000 EUR hüvitamist (VÕS § 135 lg 1). Sellisel juhul kaotab M lepingust loodetud kasumi 25 000 EUR täielikult, kuna leping jääb täitmata. Täiendavalt tuleb tal hüvitada O-le 10 000 EUR ulatuses kahju. Kuna M ei saa lepingu esemeks olnud rauamaaki müüa ka kellelegi teisele, siis on tema jaoks tehingust oodatu ning tegelikult realiseerunud varaline bilanss –35 000 EUR (25 000 EUR omakulu + 10 000 EUR kahjuhüvitis O-le). Eelnev näide ilmestab, et lepingust taganemisel ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel võivad olla oluliselt erinevad tagajärjed nii võlgniku (müüja) kui ka võlausaldaja (ostja) jaoks.

Kokkuvõtvalt tuleb märkida, et kahju hüvitamist täitmise asemel nõue on lepingust taganemisega võrreldes oluliselt laiem kasutusala. Samuti on tegemist märkimisväärselt paindlikuma ja mitmekesisema õiguskaitsevahendiga, võimaldades võla-

usaldajal (ostjal) loobuda nii kogu võlgniku täitmisest kui ka üksnes piiratud. Seega lisaks erinevatele eesmärkidele on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja lepingust taganemine ka oma lähtepunktilt ja loogikalt oluliselt erinevad. See kinnitab veelgi, et võlausaldaja (ostja) poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist ei saa võrdsustada lepingust taganemisega, nagu võib järeldeda Riigikohtu praktikast.

4.4.3.3.2 Osaline täitmine ja ositi täitmine

VÕS § 115 lg 4 sätestab, et kui võlgnik on kohustuse täitnud *osaliselt*, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist *kohustuse tervikuna täitmise asemel* üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu *mõistlikku huvi*. Selliselt on võlausaldaja õigus võlgniku osalises täitmisel seisneva rikkumise korral nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel oluliselt piiratud.⁹⁹³ Lepingust taganemise õigust reguleeriv VÕS § 116 sarnast *osalise täimisega* seotud piirangut ei sätesta. Küll aga näeb VÕS § 116 lg 3 ette, et kui lepingust tulenevad kohustused tuleb täita *ositi ja oluline lepingurikkumine leidis aset üksnes mõne kohustuse või kohustuse osa suhtes*, võib kahjustatud lepingupool taganeda lepingust üksnes selle kohustuse või kohustuse osa suhtes (§ 116 lg 3 ls 1). Sel juhul võib kahjustatud lepingupool kogu lepingust taganeda üksnes siis, kui tal õigustatult ei ole kohustuse osalise täitmise vastu huvi või kui rikkumine on oluline lepingu kui terviku suhtes (§ 116 lg 3 ls 2).⁹⁹⁴ Muid lepingust taganemise ulatusega seotud piiranguid VÕS § 116 ette ei näe.

Osaline täitmine ja ositi täitmine ei ole kattuvad mõisted. Seda ei keelelis-grammatilises tähenduses ega ka tulenevalt seaduse süstemaatikast. Kuna VÕS § 116 lg 3 sätestab selgelt, et taganemisõiguse ulatuse piirang kehtib üksnes juhul, kui *lepingust tulenevad kohustused tuleb täita ositi*, on oluline välja selgitada ositi täitmise mõiste.⁹⁹⁵ Kohustuse ositi täitmise mõiste on reguleeritud VÕS §-s 83, mille järgi on ositi täitmine küsimus sellest, kas võlgnik täidab kohustuse *ühekorraga* või mitme jao kaupa.⁹⁹⁶ S.o ositi täitmine toimub mitmes osas, vastandudes ühekorraga täitmisele.⁹⁹⁷

⁹⁹³ Vt osalise täitmise mõiste ja nõude ulatuse piirangute kohta ptk 3.1.1, ptk 3.1.2 ja ptk 2.4.

⁹⁹⁴ Selliselt loetakse ositi täitmiseks sellist täitmist, mis toimub mitmes osas ja vastandub ühekorraga täitmisele, vt VÕS Komm I/Varul, § 82, lk 254–255, § 83, lk 257–258, samuti VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405–406; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 615–616.

⁹⁹⁵ VÕS § 116 lg 3 täpne sõnastus: „Kui lepingust tulenevad kohustused tuleb täita ositi ja oluline lepingurikkumine leidis aset üksnes mõne kohustuse või kohustuse osa suhtes, võib kahjustatud lepingupool taganeda lepingust üksnes selle kohustuse või kohustuse osa suhtes. Sel juhul võib kahjustatud lepingupool kogu lepingust taganeda üksnes siis, kui tal õigustatult ei ole kohustuse osalise täitmise vastu huvi või kui rikkumine on oluline lepingu kui terviku suhtes.” Seejuures kohaldub ka lause kaks üksnes juhul, kui on täidetud lause üks eeldused (*sel juhul*).

⁹⁹⁶ VÕS § 83 sätestab ositi täitmise mõiste. Selle järgi vastandub ositi täitmine ühekorraga täitmisele. Ositi täitmine on seega täitmine, mille puhul võlgnik ei täida kohustust ühekorraga. VÕS § 82 lg 4 kohaselt eeldatakse, et võlgnik peab kohustuse täitma ühekorraga, v.a kui see ei ole võimalik või tuleneb teisiti lepingust või võlasuhte olemusest. Reegeljuhtum on seega ühekorraga, mitte ositi täitmine.

⁹⁹⁷ Vt ka VÕS Komm I/Varul, § 82, lk 254–255, § 83, lk 257–258; VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405–406. Seaduse mõttest arusaamise teeb veelgi segasemaks asjaolu, et VÕS § 116 lg 3 ls 2 räägib omakorda *osalisest* täitmisest, mitte aga *ositi* täitmisest. Seega kasutab seadusandja ühe ja sama § 116 lg 3 raames kahte erinevat mõistet – ositi ja osaline täitmine. Selline järjepidevusetus

Seega ei laiene VÕS § 116 lg 3 regulatsioon sellistele täitmistele, mis toimuvad ühekorraga. Sellist tõlgendust toetavad ka regulatsiooni eeskujusäteteks olnud⁹⁹⁸ PECL art 9:302 ja CISG art 73. Mõlemad näevad ette, et regulatsiooni esemeks on üksnes juhtumid, kus võlgniku kohustuste täitmine toimub *ajaliselt eraldiseivate sooritustena ehk ositi*.⁹⁹⁹ See on tüüpiline müügilepingutele, kus müüjal tuleb teha tarneid korduvalt pikema perioodi jooksul. Seega laienevad nii PECL art 9:302 kui ka CISG art 73 üksnes kestvuslepingu tunnustega lepingutele,¹⁰⁰⁰ eristudes põhimõtteliselt ühekorraga täitmisele kuuluvatest lepingutest.¹⁰⁰¹ Nii PECL art 9:302 kui ka CISG art 73 näevad ette võimaluse lõpetada kestvuslepingule iseloomulik tarneleping selliselt, et ostja loobub müüja edaspidistest sooritustest, s.o tegemist on tulevikku suunatud lepingu lõpetamisega.¹⁰⁰² Kokkuvõtvalt saab väita, et nii VÕS § 116 lg 3 teksti kui ka sätte eeskujallikate järgi on VÕS § 116 lg 3 kohaldatav **üksnes ositi täitmise**, mitte aga osalise täitmise juhtumitele. Ositi täitmine kui erand eeldab reeglina vastavasisulist poolte kokkulepet.

Vaatamata eelnevalt analüüsitud on Riigikohus korduvalt leidnud, et lepingust *osaline taganemine* on võimalik ka muu kui ositi täitmise korral.¹⁰⁰³ Nii on Riigikohus näiteks vilja müügi vaidluses märkinud, et VÕS § 116 lg 3 esimesest lausest tulenevalt võis ostja lepingust taganeda ka üksnes osaliselt, s.o ainult üleandmata vilja suhtes.¹⁰⁰⁴ Märkimisväärne on, et Riigikohus tunnustas sellist võlausaldaja taganemisõiguse piirangut olukorras, kus poolte vahel puudus ositi täitmise kokkulepe. Samuti on Riigikohus pidanud müügilepingu, mille esemeks oli suur kogus šampoone-dušigeelevedelseepi jms, puhul võimalikuks (ja kohustuslikuks) müügilepingust taganemist üksnes puudustega toodete osas.¹⁰⁰⁵ Ühes varasemas lahendis on Riigikohus märkinud, et kahjustatud lepingupool *saab taganeda* lepingust üksnes selle kohustuse või kohustuse osa suhtes, mida oluliselt rikuti ning lepingupool *saab kogu lepingust*

on selgelt taunitav ning üksnes raskendab seaduse mõttest arusaamist. Seetõttu on küsitav VÕS § 116 lg 3 kohaldamisala, mis on aga määrava tähendusega lepingust taganemisele ette nähtud piirangute rakendumise osas.

⁹⁹⁸ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 400.

⁹⁹⁹ PECL 9:302 „*If the contract is to be performed in separate parts ...*” ja CISG art 73 lg 1 „*In the case of a contract for delivery of goods by instalments...*”. Vt ka MüKoHGB/Mankowski, art 73, Rn 1, Rn 5 ff.

¹⁰⁰⁰ Vt ka PECL Comm-s toodud näiteid, p 412–413, kus märgitakse, et kohustuste täitmine koosneb seeriast sooritustest. Vt ka BeckOK-CISG/Saenger, art 73, Rn 1 ff; MüKoHGB/Mankowski, art 73, Rn 5 ff.

¹⁰⁰¹ Vt Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 73, Rn 39; samuti Schlechtriem (2007), Rn. 192; Piltz, Rn 5 ff.

¹⁰⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 73, Rn 39.

¹⁰⁰³ Vt RKTko 3-2-1-138-10, p 21; RKTko 3-2-1-147-11, p 13. Sarnaselt märgib Kõve, et sätet saab kohaldada ka osalisele taganemisele lepingust, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 615–616. Millised on seejuures dogmaatilised argumendid ja kuidas saab kehtivas õiguses sellisele tulemusele jõuda, jääb aga selgusetuks.

¹⁰⁰⁴ RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

¹⁰⁰⁵ RKTko 3-2-1-147-11, p 13.

taganeda üksnes siis, kui tal ei ole õigustatult kohustuse osalise täitmise vastu enam huvi või kui rikkumine on oluline lepingu kui terviku suhtes.¹⁰⁰⁶

N-õ generaaltõlgendusena on Riigikohus märkinud, et kui lepingust soovitakse lepingurikkumise tõttu ühepoolse tahteavaldusega vabaneda, saab lepingust taganeda või lepingu üles öelda *nii osaliselt kui ka tervikuna*, kuid seejuures tuleb arvestada teise lepingupoole õigustatud huvi lepingu edasikehtimise vastu ning võimaldada lepingupoolel lepingust tulenevaid õigusi ja kohustusi *ühepoolsetl lõpetada üksnes hädavajalikus osas*.¹⁰⁰⁷ Märkimata ei saa jätta, et veel aasta varem oli Riigikohus selgelt rõhutanud, et taganemist kui kujundusõigust ei ole võimalik piirata vaid tehingu ühe sooritusega ning kui mitu sooritust moodustavad ühe ühtse tehingu, siis võib taganeda neist kõigist korraga, sest taganemise tahteavaldus peab olema selge ja arusaadav.¹⁰⁰⁸

Autori hinnangul on Riigikohtu lepingust osalist taganemist puudutav praktika mitte üksnes ebaselge ja vastuoluline, vaid oma **viimaste aja arengutes ka ebaõige**. Nagu eelnevalt analüüsitud, tuleneb nii VÕS § 116 lg 3 sõnastusest, seaduse süstemaatikast kui ka sätte eeskujuallikatest üheselt, et VÕS § 116 lg 3 regulatsioon kohaldub üksnes *ositi täitmise* juhtumitele. Riigikohtu praktika, mis vaatab sätte tõlgendamisel mööda nii selle sõnastusest, kujunemisloost kui ka seaduse süstemaatikast, on taunitav. Olukord on seda kahetsusväärsem, et Riigikohtu praktikas **puuduvad igasugused sisulised põhjendused**, mis võiksid õigustada Riigikohtu tõlgendust ja kõrvalekaldeid sätte tegelikust sisust. Riigikohus isegi ei ürita valitud tõlgendust õigustada, minnes sätte kohaldamise kesksest eeldusest „*Kui lepingust tulenevad kohustused tuleb täita ositi...*” vaikumisi mööda. Selline Riigikohtu praktika ei ole kooskõlas tsviilõiguse üldteooriaga, tõstatades paratamatult küsimuse üldtunnustatud tõlgenduspõhimõtete ning seaduse teksti siduvusest Riigikohtu jaoks. Autori hinnangul kahjustab selline tulemus õigusselgust ja õiguspärast ootust, mis on aga iga õiguriigi nurgakivi. Rõhutada tuleb, et küsimust sellest, kas VÕS § 116 lg 3 regulatsioon on kehtivas sõnastuses õiguspoliitiliselt õnnestunud või ei, tuleb eristada regulatsiooni *de lege lata* sisust ja eesmärgist. Teisisõnu, regulatsiooni õiguspoliitiline ebaõnnestumine ei anna õigustust kehtivat seadust olemasoleval kujul mitte kohaldada.

Autori hinnangul tuleb VÕS § 116 lg 3 regulatsioon, mis laieneb üksnes *ositi täitmise* juhtumitele, lugeda ebaõnnestunuks. Kehtiv regulatsioon ei kohusta ega võimalda võlausaldajal taganeda lepingust osaliselt olukorras, kus võlgniku rikkumine on osadeks jaotatav ja seisneb osalises täitmisel. Väljapääsu ei paku ka VÕS § 116 lg 5 regulatsioon¹⁰⁰⁹, mis keelab etteulatava tingimusliku lepingust taganemise

¹⁰⁰⁶ RKTKo 3-2-1-67-09, p 15. Seejuures on Riigikohus jätanud täielikult tähelepanuta, et selline õigus ja kohustus on ostjal VÕS § 116 lg 3 ls 1 järgi *üksnes juhul*, kui pooled on kokku leppinud *ositi täitmise*. Selliselt on Riigikohtu tõlgendus suuresti küsitav.

¹⁰⁰⁷ RKTKo 3-2-1-143-09, p 13.

¹⁰⁰⁸ RKTKo 3-2-1-110-08, p 12.

¹⁰⁰⁹ VÕS § 116 lg 5 tekst: „*Käesoleva seaduse §-s 114 nimetatud täiendava tähtaja andmisel võib kahjustatud lepingupool määrata, et juhul, kui teine lepingupool ei täida täiendava tähtaja jooksul oma kohustust, loeb kahjustatud lepingupool ennast lepingust taganenuks. Kahjustatud lepingupool ei või sel viisil lepingust taganeda, kui kohustus, mida lepingut rikkunud lepingupool täiendava tähtaja jooksul ei täitnud, moodustas tema lepingulistest kohustustest ebaolulise osa.*”

avalduse esitamise juhtumitel, kus võlgniku rikkumine moodustab tema lepingulistest kohustustest ebaolulise osa.¹⁰¹⁰

Kuna ositi täitmise juhtumite hulk on praktikas võrdlemisi piiratud, on VÕS § 116 lg 3 regulatsiooni praktiline tähendus olemasoleval kujul marginaalne. Küll aga on VÕS § 116 lg 3 tagajärg, et oma kohustusi üksnes osaliselt rikkunud võlgnik peab arvestama riskiga, et võlausaldaja võib soovi korral taganeda lepingust ka tervikuna. Piltlikult: M müüb O-le 1000 tihumeetrit töödeldud palki, millest annab O-le õigeaegselt üle 800 tihumeetrit. Kuna M ei täida kohustusi ka täiendava tähtaja jooksul, võib O taganeda kogu lepingust. Seda sõltumata sellest, kas tal on osalise täitmise vastu huvi või mitte. VÕS § 116 lg-s 3 sätestatud *ositi täitmisele* laienev ostja taganemisõiguse ulatuse piirang siin aga ei kohaldu. Kuna osalise täitmise korral saavutab võlausaldaja reeglina vähemalt osaliselt lepingu eesmärgi ning lepinguga silmas peetud täitmishuvi, peaks osalise täitmise korral kogu lepingust taganemine olema õigustatud üksnes juhul, kui kohustuse osalise täitmise tõttu langeb võlausaldajal ära huvi kogu täitmise suhtes (nt on ostjal võimalik kaup edasi müüa üksnes juhul, kui tal on võimalik teha seda kokkulepitud mahus). Laiendamaks VÕS § 116 lg 3 kohaldamisala ka osalise täitmise juhtumitele, teeb autor ettepaneku muuta kehtivat regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui lepingust tulenevad kohustused on osadeks jaotatavad ja võlgnik on täitnud kohustused osaliselt, võib võlausaldaja lepingust taganeda üksnes rikutud osas suhtes. Võlausaldaja võib lepingust tervikuna taganeda üksnes juhul, kui tal puudub osalise täitmise vastu mõistlik huvi või rikkumine on oluline lepingu kui terviku suhtes.”

Selline muudatus vastaks ka üldtunnustatud taganemisõiguse ulatuse piiramise põhimõtetele, nagu see on ette nähtud näiteks CISG art-s 51, BGB § 323 lg-s 5 ja DCFR III.–3:506 lg-s 2. Kõik viidatud regulatsioonid lubavad võlgniku poolt osadeks jaotatava kohustuse osalisel täitmisel võlausaldajal taganeda lepingust üksnes kohustuse täitmata osas suhtes. Lepingust tervikuna taganemine on õigustatud reeglina üksnes juhul, kui võlausaldajal on selle vastu kõrgendatud huvi. Muudatusettepaneku sõnastus hõlmaks ühtlasi ositi täitmise juhtumid, kuna ositi saab reeglina täita üksnes osadeks jaotatavat kohustust. Võttes arvesse, et lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude materiaalsed eeldused peaksid olema ühtlustatud, siis tuleks autor hinnangul muuta vastavalt ka VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni.¹⁰¹¹

Kokkuvõtvalt tuleb nentida, et võlgniku poolt kohustuse *osalise täitmise* juhtumitel on võlausaldaja õigus loobuda kogu võlgniku sooritusest reguleeritud lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames erinevalt. Kui kahju hüvitamise täitmise asemel nõude puhul võib võlausaldaja loobuda võlgniku kogu täitmisest üksnes erandlikult (VÕS § 115 lg 4 ls 1), siis lepingust taganemisel on võlausaldaja taganemisõiguse ulatus piiratud *üksnes juhul*, kui tegemist on ositi täitmise juhtumiga. Võlgniku õigus ositi täita eeldab reeglina aga poolte vastavasisulist kokkulepet.

¹⁰¹⁰ Vt ptk 2.8.

¹⁰¹¹ Vt ka ptk 2.4.

4.4.3.3.3 Täiendav tähtaeg vs. oluline rikkumine

Mõnevõrra erinev on ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse tekkimise lähtepunkt. Kui kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine eeldab reeglina, et edutult on möödunud võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendav tähtaega (VÕS § 115 lg 2 ls 1),¹⁰¹² siis lepingust taganemise õigus eeldab, et võlgnik on rikkunud kohustusi oluliselt (VÕS § 116 lg 1). Selliselt on seadusandja lähtepunkt lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tekkimisele olemuslikult erinev. Praktikas see suuri erinevusi siiski ei tähenda, kuna üldjuhul lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku materiaalsed eeldused kattuvad. Eelkõige puudutab see juhtumeid, kus võlgniku rikkumise olulisus põhineb rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Nii võib ostja müüjale rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel nii lepingust taganeda (VÕS § 116 lg 2 p 5) kui ka nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Ühtlasi tähendab see, et reeglina on võlausaldaja (ostja) vaba valima, kas ta soovib lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.

Riigikohus on oma praktikas lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku eeldusi veelgi ühtlustanud, märkides, et *kõrvaldatava puuduse korral* saab võlausaldaja lepingust taganeda reeglina üksnes peale kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutu möödumist.¹⁰¹³ Seega tuleb võlausaldajal nii kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kui ka lepingust taganemise õiguse tekkimiseks määrata võlgnikule täiendav tähtaeg ja oodata ära selle edutu möödumine. Kuigi viidatud lahendis käsitles Riigikohus üksnes asja lepingutingimustele mittevastavuses seisnevat rikkumist, peaks täiendava tähtaja andmise kohustus autori hinnangul laienema ka muudele rikkumise juhtumitele, sh täitmisega viivitamisele. Teisisõnu, igasuguse kõrvaldatava rikkumise korral peaks võlausaldajal (ostjal) olema õigus lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel reeglina üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Sarnaselt on see sätestatud ka BGB § 281 lg-s 1 ja § 323 lg-s 1.

Teatavad erisused lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku materiaalsetes eeldustes siiski esinevad. Kui VÕS § 115 lg 3 alt 1 järgi saab võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel täiendavat tähtaega määramata ka juhul, kui on ilmne, et *sellel ei oleks tulemust*, siis lepingust taganemise regulatsioon (VÕS § 116) sellist alust ette ei näe. Tõlgendamise teel saab sarnasele tulemusele jõuda aga VÕS § 116 lg 2 p 4 alusel, mille järgi on rikkumine oluline, kui see annab kahjustatud lepingupoolele põhjuse eeldada, et teine lepingupool ei täida kohustusi ka edaspidi. Seega peaksid VÕS § 115 lg 3 alt 1 ja § 116 lg 2 p 4 koosseisud suuresti kattuma: kui täiendava tähtaja määramisel ei oleks tulemust, annab see vahetult põhjuse eeldada, et kohustuse täitmine ei leia aset ka edaspidi ning

¹⁰¹² Vt ka RKTko 3-2-1-130-15, p 10.

¹⁰¹³ Vt RKTko 3-2-1-80-10, p 12; vrdl ka RKTko 3-2-1-18-09, p 14.

võlausaldaja võib omal valikul kas lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.¹⁰¹⁴

Kõige olulisem erinevus õiguskaitsevahendite kasutamise materiaalses eeldustes on, et kahju hüvitamist täitmise asemel saab võlausaldaja nõuda täiendavat tähtaega määramata ka juhul, kui nõude kohene esitamine on *asjaolude kohaselt muul põhjusel mõistlik* (VÕS § 115 lg 3 alt 3).¹⁰¹⁵ Sellist ekvivalenti taganemisõiguse regulatsioon ei sätesta, mistõttu on kahjunõude esitamine võlausaldaja jaoks mõnevõrra paindlikum.¹⁰¹⁶ Millest selline regulatiivne erinevus on tingitud, jääb suuresti mõisteta. Siinkohal on sobiv viidata BGB § 281 lg-le 2 ja § 323 lg 2 p-le 3, mis näevad ette, et võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel või taganeda lepingust täiendavat tähtaega andmata ka juhul, kui asjaolude kohaselt ja mõlema poole huve kaaludes on see õigustatud. Autori hinnangul tuleks sellise täienduse lisamist kaaluda ka VÕS § 116 regulatsiooni ja ühtlustada seeläbi taganemisõiguse eeldused VÕS § 115 lg-ga 3.

4.4.3.3.4 Rikkumise vabandatavuse tähendus

Märkimisväärne erinevus õiguskaitsevahendite kasutamise eeldustes seondub kohustuse rikkumise vabandatavusega. VÕS § 115 lg 1 järgi ei saa võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist, kui võlgnik kohustuse rikkumise eest ei vastuta, s.o kui kohustuse rikkumine on VÕS § 103 järgi vabandatav. Seda sõltumata sellest, kas võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise kõrval või täitmise asemel. Seevastu VÕS § 116 ja § 105 kohaselt ei oma lepingust taganemise juures kohustuse rikkumise vabandatavus tähendust.¹⁰¹⁷ Sarnane on regulatsioon ka BGB-s,¹⁰¹⁸ CISG-s, PECL-s ja PICC-s,¹⁰¹⁹ kus võlausaldajal on õigus lepingust taganeda sõltumata sellest, kas kohustuse rikkumine on võlgnikule etteheidetav.¹⁰²⁰ Sellise regulatsiooni lähtepunkt on vastastikuste soorituste tingimuslik sünallagma, kus pooled kohustuvad vastusoorituseks üksnes

¹⁰¹⁴ Viidatud sätete sõnastus ei ole siiski identne. VÕS § 115 lg 3 sätestab mõnevõrra kõrgemad nõuded, nähes ette, et peab olema *ilmne*, et täiendava tähtaja andmisel ei oleks tulemust. Seevastu lepingust taganemise õigus tekib võlausaldajal juba juhul, kui kohustuse rikkumine annab kahjustatud lepingupoolle *mõistliku põhjuse eeldada*, et teine lepingupool ei täida kohustusi ka edaspidi. On selge, et kriteeriumid on *ilmne* (VÕS § 115 lg 3 alt 1) ja *annab mõistliku põhjuse eeldada* (VÕS § 116 lg 2 p 4) ei ole samaväärsed. Esimene eeldab asjaoludest tulenevalt selgust, et rikkumise kõrvaldamine täiendava tähtaja jooksul ei ole võimalik. Teine eeldab üksnes objektiivsetest asjaoludest tulenevat mõistlikku kahtlust. Olukorra muudab veelgi ebaselgemaks asjaolu, et VÕS § 115 lg 3 viitab mh VÕS § 116 lg 2 p-le 4. Seega jääb arusaamatuks, milline on VÕS § 115 lg 3 alt 1 rakendusala, kuivõrd see on niikuinii kaetud VÕS § 116 lg 2 p-ga 4 kui madalama kriteeriumiga.

¹⁰¹⁵ Seaduse tekst on siin mõnevõrra ebatäpne, nähes ette, et asjaolude kohaselt peab kahju kohene hüvitamine (mitte kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine) olema muul põhjusel mõistlik.

¹⁰¹⁶ Taganemise juures ei anna samasisulist efekti ka VÕS § 117, mis lubab erandjuhul lepingust taganeda ka enne kohustuse sissenõutavaks muutumist. Kohustuse sissenõutavus ja õiguskaitsevahendi kasutamise materiaalne eeldus on siiski olemuslikult erineva tähendusega.

¹⁰¹⁷ Sarnaselt VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 405; VÕS Komm I/Kõve, § 105, lk 335–336; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 615.

¹⁰¹⁸ BGB kohta vt Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 3, 43; MüKo/Gaier, vor § 346, Rn 6.

¹⁰¹⁹ Vt CISG art 49 ja art 79 lg 5; PECL art 8:101 lg 2; PICC art 7.1.7 lg 4.

¹⁰²⁰ Vt CISG art 49; PECL art 9:301; PICC art 7.3.1.

eeldusel, et võlgnik täidab omapoolse kohustuse. Seetõttu õigustabki ainuüksi asjaolu, et võlgnik kokkulepitud sooritust ei teosta (ja seda sõltumata põhjusest), võlausaldajat lepingust vabanema. Seevastu kohustus hüvitada võlausaldajale tekkinud kahju on võlgniku jaoks oluliselt koormavam (võlgnikul tuleb kanda võlausaldaja täitmishuvi riisikot), mistõttu võib kahju hüvitamist pidada õigustatuks üksnes juhul, kui kohustuse rikkumine on võlgnikule etteheidetav.¹⁰²¹ Seega lubades lepingust taganeda ka kohustuse rikkumise vabandatavuse korral, ei pea võlausaldaja kandma riisikot selliste asjaolude osas, mille eest isegi võlgnik ei vastuta. Selliselt tagab taganemisõiguse regulatsioon võlausaldajale võimaluse viia läbi restitutsioon ja taastada *status quo ante contractum* ka juhul, kui võlgniku soorituse äralangemine on tingitud asjaoludest, mille riisikot kumbki pooltest ei kanna. Õigus nõuda kahju hüvitamist eeldab aga kõigis viidatud regulatsioonides, et rikkumine on võlgnikule etteheidetav (vrld BGB § 276, § 280; CISG art 79; PECL art 8:101 lg 1, art 8:108; PICC art 7.4.1 ja art 7.1.7).

4.4.3.3.5 Õiguskaitsevahendi kasutamise tähtaeg

Seadus ei näe kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekule ette üldist õigust lõpetavat tähtaega, mistõttu on nõude maksmapanek piiratud üksnes aegumise regulatsiooniga.¹⁰²² Seevastu lepingust taganemisele kui kujundusõigusele aegumise sätteid põhimõtteliselt ei laiene.¹⁰²³ Küll aga on lepingust taganemine VÕS § 118 järgi piiratud üldise õigust lõpetava tähtajaga, mille järgi kaotab võlausaldaja õiguse lepingust taganeda, kui ta ei tee taganemise avaldust mõistliku aja jooksul pärast seda, kui: 1) ta sai olulisest lepingurikkumisest teada või pidi sellest teada saama (lg p 1); või 2) on edutult möödunud VÕS § 114 kohaselt määratud täiendav täitmise tähtaeg (lg 1 p 2).¹⁰²⁴ Lepingust taganemine on tühine ka juhul, kui kohustuse täitmise nõue on aegunud ja võlgnik sellele tugineb (VÕS § 118 lg 2). Seega on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja õigus lepingust taganeda õiguse maksmapaneku tähtaja osas põhimõtteliselt erinevalt reguleeritud. Ebaõigeks tuleb lugeda õiguskirjanduses esitatud seisukoht, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele tuleks analoogia korras kohaldada VÕS §-s 118 sätestatud lepingust taganemise õiguse lõppemise aluseid.¹⁰²⁵

Autori hinnangul on nii **VÕS § 118 regulatsioon** kui ka selle kohaldamispraktika **problemaatilised**. VÕS § 118 lg 1 järgi lõpeb võlausaldaja õigus lepingust taganeda mõistliku tähtaja jooksul alates olulisest rikkumisest teada saamisest. Seda sõltumata sellest, milles võlgniku kohustuse rikkumine seisneb. See tähendab, et võlausaldaja kaotab õiguse lepingust taganeda muuhulgas juhul, kui võlgniku kohustuse rikkumine seisneb *kohustuse mittetäitmis*es, nt jätab müüja müügieseme ostjale üle andmata

¹⁰²¹ Vt nt MüKo/Ernst, vorb § 323, Rn 2 ff; vt ka VÕS Komm I/Köve, § 105, lk 335 jj; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 105, lk 497.

¹⁰²² Vt täpsemalt ptk 2.6.1.

¹⁰²³ VÕS Komm I/Köve, § 118, lk 411; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 118, lk 622.

¹⁰²⁴ Küll aga alluvad aegumisele taganemise teostamise tulemusena tekkinud nõuded, eelkõige tagasitäitmisnõuded ja väärtuse hüvitamise nõuded VÕS § 189 jj, vrld ka RKTKo 3-2-1-80-10, p 15; RKTKo 3-2-1-57-11, p 35.

¹⁰²⁵ Vt täpsemalt ptk 2.6.1.

või ei võimalda talle müügieseme suhtes omandiõigust.¹⁰²⁶ Kuna VÕS § 118 näol on tegemist õigust lõpetava tähtajaga,¹⁰²⁷ toob tähtaja möödumine kaasa taganemisõiguse pöördumatu lõppemise. Võlausaldaja ei saa taotleda ka tähtaja ennistamist.¹⁰²⁸ Autori hinnangul tuleb VÕS § 118 lg 1 regulatsioon lugeda osaliselt ebaõnnestunuks, samuti ei vasta see osaliselt sätte eeskujunormide mõttele ja eesmärgile.

VÕS § 118 lg 1 regulatsioon põhineb CISG art 49 lg 2 lit (a) ja (b) (i), PECL art 9:303 lg 2 ja PICC art 7.3.2 lg 2 eeskujul.¹⁰²⁹ Sätte keskseks eeskujunormiks olnud CISG art 49 lg 1 järgi võib ostja lepingust taganeda, kui: a) müüja rikub oluliselt mis tahes lepingust või konventsioonist tulenevat kohustust; või b) müüja poolt kauba tarnimata jätmisel ei tarni müüja kaupa ostja poolt rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja jooksul või teatab, et ta seda ei tee. CISG art 49 lg 2 järgi on lepingust taganemise õigus piiratud tähtajaliselt juhul, kui müüja on kauba tarninud, st müüja on täitnud asja üleandmiskohustuse.¹⁰³⁰ Sellisel juhul võib ostja lepingust taganeda üksnes mõistliku aja jooksul alates CISG art 49 lg 2 p-des a) ja b) sätestatud asjaolude esinemisest. Seni kuni müüja *kaupa tarninud ei ole*, ostja lepingust taganemise õigus tähtajaliselt piiratud ei ole.¹⁰³¹ Sh ei ole ostja müüja kohustuste mittetäitmisel kohustatud lepingust taganema ega võtma ette asendustäitmist.¹⁰³²

Selline regulatsioon põhineb kaalutlusel, et kauba tarnimata jätmisel **ei saa** müüjal põhimõtteliselt **tekkida õigustatud ootust**, et pooltevaheline täitmissuhe jääb püsima. Seega müüja poolt kohustuste mittetäitmisel võib ostja taganeda lepingust kogu aegumisperioodi vältel.¹⁰³³ Kui müüja soovib sellises olukorras lõpetada täitmissuhte püsijäämisega seotud ebakindluse, on tal võimalik see saavutada kohustuste täitmise pakkumisega (vrdl CISG art 48). Nii hakkabki taganemisõigust lõpetav tähtaeg kulgema *üksnes juhul*, kui müüja on teinud kokkulepitud soorituse.¹⁰³⁴ Seejuures märgitakse, et reeglina on nõutav, et selline müüja sooritus oleks tehtud kogu kokkulepitud mahus.¹⁰³⁵ See tähendab, et müüja poolt kohustuste osalisel täitmisel taganemisõiguse tähtaeg kulgema ei hakka, kuna sellises olukorras ei ole ostjal enamasti võimalik võtta lõplikku seisukohta, millist õiguskaitsevahendit ta rakendada soovib. Eelnev kehtib mh juhtumitele, kui pooled on sõlminud osatarnetega lepingu

¹⁰²⁶ Kohustuse mittetäitmise mõiste kohta vt täpsemalt ptk 2.1.3.

¹⁰²⁷ RKTKo 3-2-1-165-09, p 10.

¹⁰²⁸ Vt erinevat liiki tähtaegade kohta põhjalikumalt Tuulmägi, lk 270 jj.

¹⁰²⁹ VÕS Komm I/Kõve, § 118, lk 412; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 622.

¹⁰³⁰ Vt ka CISG kirjanduses SoergelCISG/Schüßler-Langeheine, art 49, Rn 2 ff, Rn 14 ff; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 57, 59; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 31; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 28; Ferrari/Kieninger/Mankowski, Rn 14–15.

¹⁰³¹ Vt põhjalikult valitseva arvamus osas SoergelCISG/Schüßler-Langeheine, art 49, Rn 14; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 2, Rn 30; Schlechtriem/Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 27, Rn 35; MüKoHGB/Benicke, art 49, Rn 17; Bamberg/Roth/CISG/Saenger/, art 49, Rn 12; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 58; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Saenger, art 49, Rn 14.

¹⁰³² MüKoHGB/Benicke, art 49, Rn 17; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 58; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 27.

¹⁰³³ MüKoHGB/Benicke, art 49, Rn 17; MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 58; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 27; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 30.

¹⁰³⁴ MüKoCISG/Huber, art 49, Rn 59 ff; BeckOK-CISG/Saenger, art 49, Rn 15 ff.

¹⁰³⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 27.

(kestvuslepingu tunnustega tarneleping).¹⁰³⁶ Üldiselt leitakse, et taganemisõigust lõpetava regulatsiooni eesmärk on piirata ostja võimalusi spekulatsioonidega, samuti peab *sooritus teostanud* müüjale olema seoses kantud kulutuste ja kaasnevate riskidega võimalikult kiiresti selge, kas täitmisse suhe jääb püsima või tuleb tal kaup tagasi võtta.¹⁰³⁷

Eelnevast ilmneb, et lepingust taganemise õiguse tähtaega piirav **regulatsioon on VÕS-s ja CISG-s oluliselt erinev**. Kui VÕS § 118 lg 1 järgi on võlausaldaja taganemisõigus tähtajaliselt piiratud sõltumata sellest, milles kohustuse rikkumine seisneb, siis CISG-i järgi laieneb taganemisõigust lõpetav tähtaeg üksnes juhtumitele, kus müüja on kauba ostjale üle andnud ja müüja kohustuste rikkumine seisneb müügieseme lepingutingimustele mittevastavuses. Seevastu olukorras, kus müüja on jätnud täitmata müügieseme üleandmiskohustuse, taganemisõiguse tähtaega piirav regulatsioon põhimõtteliselt ei kohaldu.¹⁰³⁸

CISG-ga sarnase regulatsiooni näevad ette ka PECL ja PICC. Nii sätestab PECL art 9:303 lg 2, et võlausaldaja kaotab lepingust taganemise (lepingu lõpetamise) õiguse, kui ta ei tee seda mõistliku aja jooksul alates sellest, mil ta rikkumisest teada sai või pidi teada saama. Sarnaselt CISG art 49 lg-le 2 näeb PECL art 9:303 lg 3 (a) taganemisõiguse lõppemise tähtaja osas ette piirangu, et kui kohustuse rikkumine seisneb mittetäitmisel (sh täitmisega viivituse korral), ei pea võlausaldaja esitama lepingust taganemise avaldust enne, kui võlgnik on sooritus teinud. Kui võlgnik täidab kohustuse viivitusega, kaotab võlausaldaja lepingust taganemise õiguse, kui ta ei esita lepingust taganemise avaldust mõistliku aja jooksul pärast seda, kui ta sooritus tegemisest (kohustuse täitmisest) teada sai või teada saama pidi (PECL art 9:303 lg 3 (a) ls 2).¹⁰³⁹ Nii kohaldub PECL art 9:303 lg-s 2 sätestatud taganemisõiguse tähtaega piirav regulatsioon üksnes juhtumitele, kus võlgniku kohustuse rikkumine seisneb mittekohases täitmisel (või selle pakkumises), samuti kui võlgnik soovib kõrvaldada mittetäitmisel seisneva rikkumise hilinenud täitmise pakkumisega.¹⁰⁴⁰ Seega laieneb ka PECL-i järgi taganemisõigust lõpetav tähtaeg üksnes juhtumitele, kus võlgnik on sooritus kas teostanud või pakkunud hilinenult täitmist. Seevastu erinevalt VÕS § 118 lg-st 1 kohustuse mittetäitmise juhtumitele taganemisõiguse lõppemist piirav tähtaeg ei laiene.

PICC näeb ette CISG-i ja PECL-ga sisuliselt identse regulatsiooni. PICC art 7.3.2 lg 2 järgi, kui võlgnik on pakkunud täitmist hilinenult või ei vasta täitmine muus osas

¹⁰³⁶ StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 33; Achilles, art 49, Rn 7; SoergelCISG/Schubler-Langeheine, art 49, Rn 15.

¹⁰³⁷ StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 32.

¹⁰³⁸ SoergelCISG/Schubler-Langeheine, art 49, Rn 14; StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 2, Rn 30; Schlechtriem/Schenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 35; MüKoHGB/Benicke, art 49, Rn 17; Bamberg/Roth/CISG/Saenger, art 49, Rn 12; Schlechtriem/Schwenzer, art 49, Rn 27; MüKoCISG, art 49, Rn 58; BeckOK-CISG/Saenger, art 49, Rn 12.

¹⁰³⁹ Täiendavalt näeb PECL art 9:303 lg 3 (b) ette, et kui võlausaldaja teab või tal on põhjust teada, et võlgnik endiselt kavatseb sooritus mõistliku aja jooksul täita, ja võlausaldaja ebamõistlikult jätab võlgnikule teavitamast, et ta ei aktsepteeri kohustuse täitmist, kaotab võlausaldaja õiguse lepingust taganeda, kui võlgnik täidab kohustuse mõistliku aja jooksul.

¹⁰⁴⁰ Von Bar/Zimmermann, S. 501 ff.

lepingule, kaotab võlausaldaja õiguse lepingust taganeda, kui ta ei teavita võlgnikku lepingust taganemisest mõistliku aja jooksul alates täitmise pakkumisest või soorituse mittekohasusest teada saamisest või teada saama pidamisest. PICC kommentaarides märgitakse, et kui kohustus on muutunud sissenõutavaks ja võlgnik ei ole kohustust täitnud (esineb kohustuse mittetäitmise olukord), on võlausaldaja õiguskaitsevahendite valikul vaba. Sellises olukorras on võlausaldaja jaoks teadmata, kas võlgnik täidab kohustuse või ei, mistõttu on võlausaldajal õigus oodata lepingust taganemisega seni, kuni võlgnik kohustuse täidab või täitmist pakub. Mh võib võlausaldaja otsustada lepingust taganemise alles võlgniku poolt täitmise pakkumisel.¹⁰⁴¹

Eelnevast nähtub, et **kõigi VÕS § 118 lg 1 eeskujuregulatsioonide järgi** on lepingust taganemise õigus piiratud mõistliku tähtajaga *üksnes juhul*, kui tegemist on võlgniku mittekohase täitmise või hilinenud täitmise pakkumisega. Seevastu võlgniku kohustuste mittetäitmisel võlausaldaja taganemisõigusele mõistliku tähtaja piirang ei laiene. Autori hinnangul on äärmiselt küsitav, millised on need erilised ja kaalukad õigusteoreetilised põhjendused, millest tulenevalt kaldub VÕS-i regulatsioon kõrvale selle eeskujusätetest. Selliseid argumente ei nähtu seaduse seletuskirjast ega ole käsitletud õiguskirjanduses. Autori hinnangul ei saa võlgniku poolt kohustuste *mittetäitmisel* rääkida sellest, et võlgnikul on täitmisuhte (lepingu) püsijäämise osas õigustatud ootus. Võlgnik ei saa eeldada, et võlausaldaja soovib jääda igavesti seotuks võlgnikuga, kes ei soovi kohustusi täita või ei ole võimeline seda tegema. Õigustatud ootus lepingu püsijäämise osas saab võlgnikul mõistlikult tekkida üksnes juhul, kui ta on kokkulepitud kohustused täitnud (küll mittekohaselt) või täitmist pakkunud (viivitusega täitmise korral).

Regulatsioon, kus võlausaldaja kaotab ka võlgniku kohustuste mittetäitmisel õiguse lepingust taganeda, võib autori hinnangul viia **soovimatute või isegi anomaalsete tulemusteni**. **Näide:** pooled sõlmivad müügilepingu, mille täitmine osutub müüjale võimatuks (müüja ei suuda kokkulepitud müügieset hankida või müügiese hävineb). Kuna ostja ei tagane lepingust õigeaegselt (mis tahes põhjusel), kaotab ta lepingust taganemise õiguse. Kuna müüja kohustuste täitmine on osutunud võimatuks, on ostja täitmisenõue lõppenud (VÕS § 108 lg 2). Samuti puudub ostjal võimalus alandada hinda, kuna see eeldab mittekohase täitmise vastuvõtmist (VÕS § 112 lg 1). Oma võlgnitava (ostuhinna tasumise) kohustuse täitmisest keeldumine ei ole ostjale huvi-pakkuv. Ostja ainuke võimalus oma õigusi kaitsta on nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. See aga ei pruugi tagada ostjale võimalust vabaneda omapoolse kohustuse täitmisest ega võimalust nõuda müüjalt ostuhinna tagastamist (VÕS § 189 jj).

Olukord muutub veelgi drastilisemaks, kui ostja on teinud müüjale ettemaksu või täitnud vahetustehingu korral omapoolsed kohustused. **Näide:** A ja B lepivad kokku, et vahetavad kollektsioneeritud esemeid. A on valmis loobuma oma 1972. aasta külgorviga Jawast, kui saab B-lt vastu 1982. a Moskvitši. Mõeldud – tehtud. A annab B-le poleeritud Jawa üle, kuid B-lt Moskvitši vastu ei saa. A ei soovi esialgu lepingust taganeda, kuna Moskvitši vastu vahetus oli tõeliselt hea diil. Seetõttu nõuab A korduvalt B-lt kohustuste täitmist, ähvardades teda mh kohtuga. B, kes on igavene slikerdaja, hakkab A-d ignoreerima. Nii möödub A jaoks märkamatult lepingust taganemiseks

¹⁰⁴¹ PICC Comm, art 7.3.2, p 253–254, p 296–296.

ette nähtud mõistlik aeg, samuti ilmneb, et B on lubatud Moskvitši ärinud suurema kasu huvides hoopiski C-le. Nüüd on A olukorras, kus ta on jäänud ilma oma armastatud külghorviga Jawast, kuid ei ole saanud vastu ka loodetud Moskvitši. A tahaks saada tagasi oma gaveeringutega Jawa, millest ta oli nõus loobuma üksnes B Moskvitši vastu. Kuna taganemiseks ette nähtud mõistlik tähtaeg VÕS § 118 lg 1 järgi on lõppenud, tuleb A-l nii Jawast kui ka Moskvitšist suu puhtaks pühkida.

Kuigi vaatamata VÕS §-s 118 sätestatud mõistliku aja möödumisele on A-l õigus nõuda B-lt kahju hüvitamist täitmise asemel,¹⁰⁴² s.o Moskvitši väärtuse või asendustehingule katnud kulude hüvitamist, ei anna see talle otseselt õigust nõuda Jawa tagastamist. Mis aga veelgi märkimisväärselt, isegi kui A ei oleks veel jõudnud B-le Jawat üle anda, ei saaks A vaatamata B poolt kohustuste täitmata jätmisele vabaneda omapoolse kohustuse täitmisest. Seega on A sattunud sundseisu. Tingimusliku sünallagma põhimõttest tulenevalt peaks A-le aga olema tagatud võimalus vabaneda omapoolse kohustuse täitmisest ja nõuda B-lt viimasele tehtud soorituse tagastamist. Seda põhjusel, et tulenevalt vastastikuse lepingu iseloomust on A kohustunud B ees soorituse tegemiseks üksnes teadmisel, et B täidab talle kokku lepitud vastusoorituse.¹⁰⁴³ VÕS § 118 lg 1 sätestatud tähtaja minetamise tõttu on A-l selline õigus aga lõppenud. Sellises olukorras ei oleks A-l kasu ka omandireservatsiooni kokkuleppest, kuna ka selle alusel nõuete maksmapanek eeldab eelnevalt lepingust taganemist (VÕS § 233 lg 1).

Eelnev analüüs ilmestab, et VÕS § 118 lg 1 regulatsiooni kehtiv **lahendus on äärmiselt küsitav**, tegelikkuses isegi ebaõnnestunud. Autori hinnangul puuduvad mõistlikud argumendid, miks peaks lepingust taganemise õigus olema tähtajaliselt piiratud juhul, kui võlgniku kohustuste rikkumine seisneb kohustuste mittetäitmisel. Sellist regulatsiooni ei tunne VÕS-i eeskujusätteid, samuti toob see kaasa anomaalsed tulemused. VÕS-i lahendus on vastuolus vastastikuste lepingute aluseks oleva tingimusliku sünallagma põhimõttega, mille kohaselt teevad pooled vastastikku sooritusi üksnes tingimusel, et talle täidetakse vastusooritus.¹⁰⁴⁴ Kui võlgnik võlausaldajale sooritust aga ei tee, peab võlausaldajale olema tagatud võimalus vabaneda omapoolse vastusoorituskohustuse täitmisest ja nõuda juba üleantu tagastamist. Eelnevast lähtuvalt teeb autor ettepaneku täiendada VÕS § 118 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„(1) Võlgniku poolt kohustuse mittetäitmisel hakkab lõikes 1 nimetatud tähtaeg kulgema alates hetkest, mil võlausaldaja on kohustuse täitmisest või kohustuse täitmise pakkumisest teada saanud või teada saama pidanud.”

4.4.3.4 Tingimuslik sünallagma ja vastusoorituskohustuse püsijäämine

Eelnev ekskurss kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise eesmärkidesse ja õiguskaitsevahendite maksmapaneku eeldustesse kinnitab, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõudel ja lepingust taganemisel on oluliselt erinev eesmärk

¹⁰⁴² Vt ptk 2.6.1.

¹⁰⁴³ Vt tingimusliku sünallagma koht ptk 4.4.2.2.

¹⁰⁴⁴ Vt tingimusliku sünallagma kohta ptk 4.4.2.2.

ja funktsioon, samuti ei kattu õiguskaitsevahendite maksmapaneku eeldused.¹⁰⁴⁵ See kinnitab, et õigustatuks ei saa pidada Riigikohtu tõlgendust, mille järgi toob kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine kaasa lepingust taganemise. Teisisõnu, olukorras, kus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eesmärk on realiseerida võlausaldaja positiivne huvi ja lepingust taganemise ülesanne on saavutada poolte vahel *status quo ante contractum* (restitutsioon), puudub mõistlik alus väita, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisega peaks kaasnema lepingust taganemine. Lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on erinevad õiguskaitsevahendid. Vastavalt ei saa ka eeldada, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel soovib võlausaldaja ühtlasi lepingust taganeda. Teistsugust Riigikohtu tõlgendust ei saa pidada õigeks. Seda enam, et selliseks tõlgenduseks puudub ka sisuline vajadus.

Peatükis 4.4.2. analüüsiti keskseid põhjendusi, mis võiksid õigustada võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist VÕS-i regulatsiooni eeskujuks olnud BGB-s. Saksa õiguse analüüs annab olulise ülevaate õigusteoreetilistest argumentidest, mis võivad omada võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise või püsijäämise osas olulist tähendust ka VÕS-i kontekstis. Järgnevalt analüüsitaksegi, milliseid järeldusi saab eelnevate teadmiste taustal teha VÕS-i kohta. Seega otsitakse vastust küsimusele, kas olukorras, kus võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist ei saa õigustada lepingust taganemisega, võiks see olla õigustatud tulenevalt muudest õigusteoreetilistest kaalutlustest. Neljanda peatüki sissejuhatuses kirjeldatud probleemkaasuse kontekstis on vastust ootav küsimus järgmine: *Kas O, kes ei ole enam huvitatud M-i antiiksest, kuid oluliste puudustega Ford T-st, saab kohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamisel endiselt nõuda, et M jätaaks auto vastu vahetatud Magicu (hobuse) endale või tuleb tal kahjunõude esitamise tulemusena taastada hobusega sõprus ja viimane tagasi võtta?*

Igasuguse õigusnormi esimene ja ühtlasi **keskne tõlgendusallikas on selle tekst**.¹⁰⁴⁶ See tähendab ühtlasi, et sätte tõlgendamisel selle sõnastusest kõrvalekaldumiseks peavad esinema olulised argumendid. Kui analüüsida VÕS § 115 sõnastust ja terminoloogiat, siis ei nähtu sellest ühelgi viisil, et kohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamisega peaks kaasnema võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine või (veelgi enam) lepingust taganemine. Sättes puuduvad ka mis tahes viited, et kahju hüvitamise täitmise või kogu täitmise asemel nõude esitamiseks oleks nõutav eelnev lepingust taganemine.¹⁰⁴⁷ Analüüsides *kahju hüvitamise täitmise asemel nõude* esitamise tagajärgi keelelis-grammatilisest aspektist, saab mõistlikult järeldada, et nõude esitamise tulemuseks on, et võlausaldaja ei soovi edaspidi võlgnikult kohustuse täitmist (seadus opereerib sõnapaariga *täitmise asemel*), vaid selle asemel kahju hüvitamist. Sellest tuleneb ka nõude nimetus: *kahju hüvitamise nõue täitmise asemel*.

Sarnaselt BGB §-ga 281 lg 4 ei näe ka VÕS § 115 tekst ühelgi viisil ette, et nõude esitamisega kaasneb võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine. Ainsaks seadusest nähtuvaks kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärjeks on

¹⁰⁴⁵ Vt ptk 4.4.3.3.

¹⁰⁴⁶ Christensen/Pöppers, S. 567 ff; Schäfers, S. 877.

¹⁰⁴⁷ Vt ostja õiguse osas nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemata ptk 5.3.2.

VÕS § 115 lg 4 ls-s 2 sätestatu, mille järgi on *võlgnikul õigus* nõuda võlausaldajalt viimasele üleantu tagastamist, kui võlausaldaja nõuab võlgniku osalisel täitmisel kahju hüvitamist kogu täitmise asemel.¹⁰⁴⁸ Muid tagajärgi, sh võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist või pooltele tagasitäitmisuhte tekkimist, VÕS § 115 ette ei näe. Sellest tuleneb, et seaduse sõnastusest ei ole võimalik teha õiguskirjanduses ja Riigikohtu praktikas märgitud järeldust, nagu tooks kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine kaasa lepingust taganemise. Samuti ei anna seadus alust väita, et nõude esitamisega kaasneb võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine. Sellises olukorras saab Riigikohtu praktikas ja õiguskirjanduses esitatud tõlgendus olla õigustatud *üksnes juhul*, kui selle kasuks räägivad muud ülekaalukad põhjendused. Eelkõige saaks kõne alla tulla argument, et tõlgendus põhineb õiguskaitsevahendite regulatsiooni üldisel süstemaatikal. Autori hinnangul ei anna aga ka seaduse süstemaatika võimalust teha selliseid järeldusi.

Saksa õiguses on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tulemusena võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist õigustatud peamiselt argumendiga, et see tuleneb tingimusliku sünallagma põhimõttest.¹⁰⁴⁹ Tingimusliku sünallagma argument põhineb BGB § 326 lg 1 regulatsioonil, mille järgi toob võlgniku kohustuse lõppemine BGB § 275 lg-tes 1–3 sätestatud juhtudel kaasa võlausaldaja vabanemise vastusoorituskohustuse täitmisest.¹⁰⁵⁰ Seega tuleb otsida vastust küsimusele, kas VÕS sätestab sarnase tingimusliku sünallagma põhimõtet väljendava regulatsiooni.

BGB § 326 lg-ga 1 sarnase sätte näeb ette VÕS § 109 lg 1, mille järgi võib vastastikuse lepingu puhul *oma kohustust rikkunud lepingupool nõuda teiselt lepingupoolelt tema kohustuse täitmist ka juhul*, kui kohustust rikkunud lepingupoolelt endalt ei saa VÕS § 108 lg-s 2 nimetatud põhjusel kohustuse täitmist nõuda, kui see põhjus on tekkinud teisest lepingupoolest tuleneva asjaolu tõttu või kui see põhjus tekkis ajal, mil teine lepingupool oli vastuvõtuviiivituses. Kuigi sõnastuselt mõnevõrra sarnane, on VÕS § 109 lg 1 regulatiivne toime põhimõtteliselt erinev. Kui BGB § 326 lg 1 järgi toob võlgniku soorituskohustuse lõppemine kaasa *võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise*, siis VÕS § 109 lg 1 sellist võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist ette ei näe.¹⁰⁵¹ Vastupidi, VÕS § 109 lg 1 järgi võib võlgnik nõuda võlausaldajalt kohustuse täitmist „*ka juhul*”, kui võlgniku kohustus on lõppenud VÕS § 108 lg 2 järgi. See saab aga tähendada üksnes seda, et erinevalt BGB-st ei kaasne võlgniku soorituskohustuse lõppemisega võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist. Sarnasele järeldusele on jõutud ka õiguskirjanduses, kus märgitakse, et erinevalt BGB § 326 lg 1 ei too VÕS § 109 lg 1 järgi võlausaldaja täitmisnõude lõppemine kaasa

¹⁰⁴⁸ Vrdl BGB § 281 lg 5.

¹⁰⁴⁹ Vt ptk 4.4.2.1.

¹⁰⁵⁰ Vrd ka VÕS Komm I/Köve, § 108, lk 353; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 108, lk 519; samuti RKTko 3-2-1-128-13, p 14.

¹⁰⁵¹ BGB § 275 lg 1–3 vastab oma sisult VÕS §-le 108 lg 2, mis sätestab koosseisud, mille korral ei või võlausaldaja nõuda võlgnikult mitterahalise kohustuse täitmist ja peab piirduma muude õiguskaitsevahenditega (VÕS § 101 lg 2). Vt ka VÕS Komm/Köve, § 109, lk 354, joonealune märkus 122; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 109, lk 520, joonealune märkus 1395.

võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist.¹⁰⁵² Kuna VÕS ei näe ette ka muid sätteid, millest saaks sarnase tingimusliku sünallagma põhimõtte tuletada, langeb keskne õigusteoreetiline argument võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemisest ära. Ühtlasi tähendab see, et kuna puudub õigusteoreetiline alus, et lugeda võlausaldaja vastusoorituskohustus lõppenuks, ei saa pidada õigeks ka Riigikohtu seisukohta, et nõude esitamist tuleb käsitleda samaaegse lepingust taganemisena. Sellisel väitel puudub õigusdogmaatiline alus, samuti ei toeta sellist tõlgendust õiguskaitsevahendite regulatsioon laiemalt.

Eraldiseisvalt eeltoodust tuleb märkida, et VÕS § 109 lg 1 on kohaldatav üksnes juhul, kui võlgniku kohustus on lõppenud tulenevalt VÕS § 108 lg 2 sätestatud asjaoludest. Seega ei hõlma VÕS § 109 lg 1 koosseise, kus võlausaldaja täitmisenõue lõpeb tulenevalt võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisest. Tegemist on põhimõtteliselt erineva olukorraga. Kui VÕS § 108 lg 2 juhtumitel lõpeb võlausaldaja täitmisenõue *temast sõltumatutel asjaoludel*, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel on tegemist võlausaldaja teadliku valikuga kasutada võlgniku suhtes konkreetset õiguskaitsevahendit.¹⁰⁵³ Mingit võlausaldaja huvide kaitset, mida peab silmas tingimusliku sünallagma põhimõtte, VÕS § 109 lg 1 endas ei kannu. Seda kinnitab ka õiguskirjanduses märgitu, et VÕS § 109 lg 1 eesmärk on tagada võlgniku huvide kaitse tulenevalt hea usu põhimõttest. Seega on VÕS § 108 lg 2 regulatsioonil (koosmõjus VÕS § 109 lg-ga 1) ja võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõudel erinevad eesmärgid, mistõttu ei tuleks VÕS § 109 lg 1 analoogia kohaldamine ka teoreetiliselt kõne alla.¹⁰⁵⁴

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tulemusena võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemise (ja tagasitäitmisevõlasuhte tekkimise) vastu räägib ka asjaolu, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõue on VÕS-s sätestatud n-ö üldise õiguskaitsevahendina, mis laieneb kõigile võlasuhetele, mh alusetust rikastumisest, lepingulistest tagasitäitmiskohustustest, väljaandmiskohustustest ja muudest kohustus-
test tulenevatele nõuetele.¹⁰⁵⁵ Paljudest sellistest võlasuhetest ei ole aga võimalik taganeda (nt alusetust rikastumisest või vindikatsioonisuhtest, lepingulisest likvideerimis-
suhtest jne). See kinnitab veelgi, et Riigikohtu tõlgendust, et põhikohustuse täitmise

¹⁰⁵² Kõve märgib, et VÕS § 109 lg-s 1 sätestatud „*ka juhul*” tuleks tõlgendada „*isegi juhul*”. „*Ka juhul*” ja „*isegi juhul*” näol on tegemist sisuliselt samatähenduslike väljenditega, mis haakub ka seaduse tekstiga. Märkimisväärne on aga, et uues VÕS-i kommentaaris on Kõve leidnud, et sõnapaari „*ka juhul*” tuleks hoopiski sisustada „*juhul*”, vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 109, lk 521–522. On ilmne, et „*ka juhul*” („*isegi juhul*”) ja „*juhul*” on põhimõtteliselt erineva tähendusega. Millest tulenevalt on tõlgendust muudetud, kommentaaridest aga ei ilmne. Kuna Kõve tõlgendus on vastuolus seaduse selgesõnalise tekstiga, ei saa seda õigeks pidada. Autor nõustub Kõvega aga selles, et sõltumata VÕS § 109 lg 1 sõnastusest, võib sättes võlausaldajal sellisel juhul olla õigus keelduda omapoolse kohustuse täitmisest või lepingust taganeda.

¹⁰⁵³ Vrdl VÕS Komm I/Kõve, § 109, lk 354; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 109, lk 520.

¹⁰⁵⁴ Seega ei oma lõppastmes tähendust, kas VÕS § 109 lg-s 1 sätestatud sõnapaari „*ka juhul*” tuleks tõlgendada „*kui juhul*” või „*juhul*”, võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise juhtumitele VÕS § 109 lg 1 niikuinii ei laiene.

¹⁰⁵⁵ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391–392; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590–591. Vindikatsiooninõude korral täitmise asemel kahju hüvitamise nõude esitamise kohta vt RKTKo 3-2-1-8-08, 3-2-1-127-08, 3-2-1-65-14 ja 3-2-1-25-14.

asemel kahju hüvitamise nõude esitamist tuleb käsitleda lepingust taganemisena,¹⁰⁵⁶ ei saa pidada õigeks. Samuti tuleb rõhutada, et olenevalt võlasuhte olemusest, eelkõige tagasitäitmise ja väljaandmisnõuete kontekstis (nt alusetu rikastumine, lepingulised tagasitäitmiskohustused jms), võib võlausaldajal olla põhimõtteline huvi omapoolse vastusoorituskohustuse täitmiseks, nt soovib lepingust taganenud või selle tühistanud vahetustehingu pool vabaneda võlgnikult saadud esemest. Sellisel juhul tooks kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärjel vastusoorituskohustuse lõppemine võlausaldajale kaasa sisuliselt võlgnikult saadu sundomandamise. Selline tulemus ei saa aga olla kooskõlas seaduse mõtte ega eesmärgiga.

Autori hinnangul puudub ka sisuline vajadus tõlgendada seadust viisil, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega kaasneb võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine. Eelkõige ei saa väita, et selline regulatsioon on vajalik võlausaldaja huvide kaitseks. Kui võlausaldaja soovib vastusoorituskohustusest vabaneda, saab ta selle edukalt saavutada lepingust taganemise teel. Võttes arvesse, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise materiaalsed eeldused suures osas kattuvad, on võlausaldajal reeglina õigus valida, kas ta soovib lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Kuni lepingust taganemiseni (või muu n-õ lõpliku õiguskaitsevahendi kasuks otsuse tegemiseni) saab võlausaldaja pareerida võlgniku täitmisenõude tulenevalt omapoolse kohustuse täitmise keeldumise õigusest (kinnipidamisõigusest) (VÕS § 110, § 111). Seega saab võlausaldaja saavutada soovitud eesmärgid erinevate õiguskaitsevahendite kombineerimisel. Ühtlasi tähendab see, et puudub sisuline vajadus lugeda kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel võlausaldaja vastusoorituskohustus lõppenuks.

Alahinnata ei saa ka **õigusselguse argumenti**. Lepingulise täitmissuhte tervikuna ümberkujundamine tagasitäitmissuhteks, sh võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõpetamine, ning lepingu täitmise eelse olukorra taastamine (restitutsioon) on edukalt saavutatavad lepingust taganemise teel. Veelgi enam, autori hinnangul ei ole sellise eesmärgi saavutamiseks lepingust taganemise näol tegemist mitte üksnes sobilik, vaid *tegelikkuses ka ainukese* sellise eesmärgi saavutamisele suunatud õiguskaitsevahendiga VÕS-s. Lepingulise täitmissuhte tervikuna lõpetamine ja tagasitäitmissuhteks ümberkujundamine üksnes läbi lepingust taganemise õiguskaitsevahendi vastab ka rahvusvaheliselt tunnustatud lepinguõiguse regulatsioonidele ja põhimõtetele. Nii näevad ka CISG, PECL ja PICC ette, et täitmissuhte lõpetamine ja restitutsioon on võimalikud üksnes lepingust taganemise teel.¹⁰⁵⁷ Sarnase regulatsiooni näeb ette ka BGB.¹⁰⁵⁸ Seega on autori hinnangul tõlgendus, millega kahju hüvitamise (kogu) täitmise asemel nõudele tõlgendatakse juurde taganemise tagajärjed, ebaõige ja tegelikkuses ka ebavajalik. Selline juurde tõlgendamine tekitab üksnes segadust, arusaamatusi ning õiguskindlusetust. Õigusselguse tagamine on aga õiguskorra üks olulisemaid eesmärke.

¹⁰⁵⁶ Vt RKTKo 3-2-1-50-06, p 23; RKTKo 3-2-1-165-09, p 13; RKTKo 3-2-1-31-08, p 16; RKTKo 3-2-1-37-08, p 25; RKTKo 3-2-1-45-08, p 18; RKTKo 3-2-1-37-09, p 14; RKTKo 3-2-1-138-10, p 21.

¹⁰⁵⁷ MüKo 7/Ernst, vor § 323, Rn 6.

¹⁰⁵⁸ MüKo/Ernst, § 325, Rn 6 ff.

Tulemus, kus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel jääb võlausaldaja vastusoorituskohustust püsima, vastab *oluliselt täpsemini ka kahju hüvitamise regulatsiooni eesmärgile* asetada võlausaldaja olukorda, mis oleks võimalikult lähedane sellele, milles ta oleks olnud võlgniku poolt kohustuse rikkumiseta. Kui vastusoorituskohustuse äralangemise (ja lepingust taganemise) tulemusena ei saa võlausaldaja täita vastusoorituskohustust ning juba tehtud sooritus tuleb tal tagasi võtta, siis erineb selline tagajärg märkimisväärselt olukorrast, milles võlausaldaja oleks olnud, kui võlgnik ja võlausaldaja oleksid kohustused kohaselt täitnud. Seega on tulemus, kus nõude esitamise tulemusena asendatakse üksnes võlgniku soorituskohustus kahju hüvitamise kohustusega, oluliselt lähemal sellele, milles pooled oleksid olnud võlgniku poolt kohustuste (lepingu) kohasel täitmisel.

Küsimus võlausaldaja vastusoorituskohustuse püsijäämisest ei ole pelgalt teoreetilise tähendusega. Kui lähtuda Riigikohtu praktikas ja õiguskirjanduses esitatud seisukohast, oleks tulemuseks, et VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsioonis puudub võimalus, et võlausaldaja saab võlgniku kohustuste täitmata jätmisel (või nende olulisel rikkumisel) vabaneda võlgniku täitmisest, kuid täita oma vastusoorituskohustuse kahjuhüvitise vastu. Arvestades majandustegevuses tehtavate tehingute mitmekülsust ja kompleksust, võib võlausaldajal üksikjuhtumil olla huvi täita oma vastusoorituskohustus. Nii on see näiteks erinevate vahetus- või bartertehingute korral, võlgnikult eseme omandamisel mitterahalise sissemakse vastu (nt auto ostmisel) jms. Otsustusõigus selle üle, kas võlausaldaja soovib võlgniku poolt kohustuste olulisel rikkumisel omapoolsed kohustused siiski täita või sellest loobuda, peaks kuuluma üksnes võlausaldajale. St seadus ei tohiks võlausaldajale lepingust taganemist peale sundida.

Lõpetuseks ei saa märkimata jätta, et kui kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine tooks kaasa lepingust taganemise tagajärgede kohaldamise, kaotaks selline nõue kui iseseisev õiguskaitsevahend lepinguliste nõuete kontekstis suuresti oma mõtte. Seda põhjusel, et sellisel juhul saaks võlausaldaja samasisulise tulemuse saavutada lepingust taganemise ja kahjunõude kombineerimise kaudu. Samas tuleb aga silmas pidada, et muu kui lepinguliste nõuete puhul ei saaks lepingust taganemise ja kahjunõude kombineerimine kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega seotud eeliseid ja tagajärgi kuidagi asendada. Sellisel juhul on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue sisuliselt ainus õiguskaitsevahend, mis aitab võlausaldajal vabaneda nt lepingulise tagasitäitmise, väljaandmisnõude või alusetu rikastumisega kaasnevast võlgniku naturaalsooritusega seotusest, võimaldades asendada naturaalsooritus kahju hüvitamise nõudega (nt kaotab võlausaldaja alusetu rikastumise või taganemise tulemusena tagastamisele kuuluva eseme suhtes huvi). Seega on kahju hüvitamise täitmise asemel nõudel oma selge ja oluline koht õiguskaitsevahendite süsteemis.

Eeltoodust tulenevalt leiab autor, et **Riigikohtu praktikas ja õiguskirjanduses esitatud seisukohta**, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõudega kaasnevad lepingust taganemisele omased tagajärjed, sh võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemine, **ei saa pidada õigeks**. Sellist tõlgendust ei toeta seaduse tekst, õiguskaitsevahendite regulatsiooni süstemaatika ega õigusteooria. Teisisõnu, nii VÕS-i tekst, õiguskaitsevahendite regulatsioon tervikuna kui ka VÕS § 115 eeskujuks olnud Saksa õigusteooria¹⁰⁵⁹ toetavad tõlgendust, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude sisuks

¹⁰⁵⁹ Vt ka ptk 4.4.2.

on võlausaldaja poolt võlgniku täitmisest loobumine ja edaspidi täitmisega seotud positiivse huvi saavutamine kahju hüvitamise kaudu.¹⁰⁶⁰

Peatüki sissejuhatuses kirjeldatud näidiskaasuses,¹⁰⁶¹ kus O vahetab M-ga oma vana võistlushobuse M-i antiikse Ford T vastu, vastab tulemus, et O vabaneb hobusest ja asendab oma täitmishobude kahju hüvitamise nõudega (O nõuab asendustehingu kulude hüvitamist), oluliselt enam algselt kokkulepitule, kui lepingust taganemine ja soorituste vastastikku tagasitäitmine. S.o kui O vastusoorituskohustuse püsima jäämisel leiab soorituste vahetamine aset vähemalt osaliselt, siis lepingust taganenuks lugemisel jääb algselt planeeritud soorituste vahetamine täielikult ära. Seega vastab O vastusoorituskohustuse püsima jäämine täpsemini ka kahju hüvitamise eesmärgile. Kokkuvõtvalt peaks peatüki sissejuhatuses kirjeldatud näidiskaasus lahenema järgmiselt:

O võib nõuda M-lt tema soorituse (Ford T) väärtuse (turuhinna) hüvitamist või asendustehingule kantavate kulude 50 000 EUR hüvitamist. Selline O kahju hüvitamise nõue on vastastikuses seoses M-l O vastu eksisteeriva vastusoorituskohustuse täitmise nõudega anda M-le üle hobune. Kui O ei ole veel jõudnud hobust M-le üle anda, võib ta keelduda omapoolse kohustuse täitmisest (VÕS § 111) ja nõuda M-lt kahju hüvitamist (turuhinna või asendustehingu kulu kompenseerimist) omapoolse kohustuse täitmise (hobuse üleandmise) vastu (vrkl VÕS § 110 lg 5). Kui O aga ei soovi hobust M-le anda, tuleb tal selleks lepingust taganeda (VÕS § 116 lg 2 p 1 ja p 5). Samuti tuleks O-l lepingust taganeda, kui ta on andnud hobuse M-le üle, kuid soovib nüüd selle tagastamist. Sõltumata sellest, kas O taganeb lepingust või nõuab M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, on O-l õigus nõuda M-lt ka rikkumisega põhjustatud muude kahjude hüvitamist (VÕS § 101 lg 2 ls 2). Nii võib O nõuda M-lt näiteks saamata jäänud tulu kompenseerimist, kui ta on M-i kohustuste rikkumise tõttu kaotanud võimaluse müüja auto soodsalt edasi, samuti võib O nõuda sellise kahju hüvitamist, mis seisneb kasutuseelise äralangemises vms (VÕS § 127 lg 1).

4.4.3.5 Erinevused õiguskaitsevahendite kasutamise tagajärgedes

Alapeatüki lõpetab kahju hüvitamist täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse maksmapaneku tagajärgede võrdlev analüüs. Ühtlasi peaks järgnev käsitlus kinnitama veel kord, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisega ei saa lepingust taganemise tagajärge siduda. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tagajärgedele on pühendatud valdav osa töö neljandast peatükist, keskendub alljärgnev analüüs eelkõige lepingust taganemise tagajärgedele ja sellega seotud järeldustele võrdluses kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega.

Lepingust taganemise tagajärjed on vahetult seotud taganemisõiguse funktsiooniga.¹⁰⁶² Lepingust taganemisel on kaks peamist tagajärge. *Esiteks* lõpetab lepingust taganemine vastastikku poolte täitmishobused ja nendega seotud täitmiskohustused,¹⁰⁶³

¹⁰⁶⁰ Vt ptk 4.2 ja ptk 4.4.2.

¹⁰⁶¹ Vt ptk 4.4.1.

¹⁰⁶² Vt ptk 4.4.3.2.

¹⁰⁶³ Vt Kull/Käerdi/Kõve, lk 298; VÕS Komm I/Kõve, § 188, lk 624–625; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 188, lk 930.

tuues kaasa täitmissuhte lõppemise ja ümberkujunemise tagasitäitmis- ehk likvideerimissuhteks.¹⁰⁶⁴ Sellist täitmiskohustuste lõpetamise mõju tähistatakse õiguskirjanduses ka kui vabastamise mõju (*sks k „Befreiungswirkung“*).¹⁰⁶⁵ Lõpevad nii pooltele lepingust tulenevad põhikohustused kui ka kõrvalkohustused.¹⁰⁶⁶ See tähendab, et taganemise hetkeks veel täitmata soorituskohustusi ei tule täita ja nende täitmist nõuda ei saa.¹⁰⁶⁷ Juba tekkinud kõrvalkohustused, sh kohustuste rikkumisest (nt täitmisega viivitamine või mittekohane täitmine) põhjustatud kahju hüvitamise kohustus (nt saamata jäänud tulu, kasutuseelise äralangemine vms nõuded) jäävad aga püsima (vt VÕS § 188 lg 2).¹⁰⁶⁸ Samuti ei lõpe taganemisega võlausaldaja õigus nõuda sissenõutavaks muutunud leppetrahvi või viiviste tasumist.

Lepingust taganemine ei lõpeta selliseid kõrvalkohustusi, nagu kaitse-, hoolsus-, kaasaaitamis- ja selgitamiskohustused, samuti ei lõpe saladuse hoidmise jms kohustused.¹⁰⁶⁹ Sellised kohustused tekivad lepingu sõlmimisega ja jäävad sõltumata täitmissuhte lõppemisest püsima.¹⁰⁷⁰ Kuna selliste kohustuste näol on enamasti tegemist lepingu olemusest tulenevate kohustustega, siis ainuüksi asjaolu, et täitmissuhe kujuneb ümber tagasitäitmissuhteks, selliste kohustuste lõppemist kaasa ei too. Sellistest kõrvalkohustustest vabanemine oleks vastuolus ka taganemise eesmärgiga taastada lepingu sõlmimise järgne ja soorituste vahetamise eelne olukord.¹⁰⁷¹

Erinevalt lepingust taganemisest lõpetab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine pooltevahelise täitmissuhte üksnes piiratult, s.o ulatuses, milles võlausaldaja nõuab võlgnikult kahju hüvitamist täitmise asemel.¹⁰⁷² Seega sõltuvalt esitatud nõude ulatusest võib võlgniku täitmiskohustus lõppeda kas täielikult või piiratult. Teisisõnu – kui ostja nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, lõpeb võlgniku täitmiskohustus täielikult. Nõude osalisel maksmapanekul, nt nõudes võlgnikult puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist, lõpeb täitmisnõue üksnes osas, milles võlausaldaja nõudis kahju hüvitamist puuduste kõrvaldamise asemel. Sellisel juhul lõpeb täitmissuhe muus osas täitmisega (nt jätab ostja puudusega toote endale). Müüja kohustused saab aga lõplikult täidetuks lugeda alles surrogaadina täitmisnõude asemele astunud kahjuhüvitise tasumisel. Nagu märgitud, siis erinevalt lepingust taganemisest ei

¹⁰⁶⁴ RKTko 3-2-1-29-06, p 27; 3-2-1-57-11, p 31; 3-2-1-104-11, p 25; 3-2-1-90-12, p 15; 3-2-1-34-13, p 15; VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 624; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930; vrdl põhjalikult Saksa õiguses Kaiser (2000); samuti BT-Drucks 14/6040, S. 191; Bockholdt, S. 774 ff; BeckOK/Schmidt, § 346, Rn 9; MüKo/Gaier, vor 346ff, Rn 1, 35; Palandt/Grüneberg, vor § 346 Rn 6; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 69, PWW/Medicus/Stürmer, vor § 346, Rn 1.

¹⁰⁶⁵ Vrdl Saksa õiguses Döll, S. 60; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 2; BGH 28.11.07; BGHZ 174, 290; MüKo/Gaier, § 346, Rn 15; BeckOK/Schmidt, § 346, Rn 9, 23, 30.

¹⁰⁶⁶ Döll, S. 61; soorituskohustuste kohta vt ka Looschelders (2010), § 1, Rn 11–12, 15; Staudinger/Olzen, § 241, Rn 142; MüKo/Bachmann, § 241, Rn 14.

¹⁰⁶⁷ PWW/Medicus/Stürmer, § 346, Rn 1; Döll, S. 59 ff.

¹⁰⁶⁸ PWW/Medicus/Stürmer, § 346, Rn 2; vt ka Herresthal (2007), 798 ff.

¹⁰⁶⁹ Vt ka VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 625; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930–931; Döll, S. 61–62; Fikentscher/Heinemann, § 48, Rn 528.

¹⁰⁷⁰ Döll, S. 62.

¹⁰⁷¹ Döll, S. 62.

¹⁰⁷² Vt täpsemalt ptk 4.2.

lõpeta kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine võlausaldaja vastusoorituskohustust.¹⁰⁷³

Teine taganemise keskne tagajärg on, et pooltel tuleb täitmissuhte raames saadu teisele poolele tagastada (nn tagasitäitmiskohustus) (VÕS § 189 lg 1),¹⁰⁷⁴ kusjuures saadu tuleb tagastada natuuras.¹⁰⁷⁵ Poolte saadu tagastamise kohustus võib seisneda ka väärtuse hüvitamise kohustuses.¹⁰⁷⁶ Kui lepingust taganemisel tekib saadu tagastamise kohustus mõlemal lepingupoolel, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel on selline tagastamiskohustus üksnes võlausaldajal ja sedagi üksnes ulatuses, milles võlausaldaja on nõude esitanud ja võlgnik on jõudnud talle kohustused juba täita.¹⁰⁷⁷ Võlgnikul saadu tagastamise kohustust reeglina ei teki, kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine võlausaldaja vastusoorituskohustust ei lõpeta.¹⁰⁷⁸

Kuna lepingust taganemise tulemusena tekib poolte vahel likvideerimissuhe, siis tekivad taganemise tulemusena poolte vahel ka sellised kohustused, mille sisuks on poolte *tagasitäitmise*ga seotud huvide kaitse. Sellised tagasitäitmise seotud kohustused astuvad algsest täitmissuhtest tulenevate kõrvalkohustuste kõrvale.¹⁰⁷⁹ Üks olulisem selline kõrvalkohustus on *informatsiooni andmise kohustus*, mis puudutab poole õigust nõuda teiselt poolelt selliste kasutuseeliste hüvitamist, mida viimane on üle antud esemest saanud. Üksnes informatsiooni andmise kohustuse täitmisel saab pool piisava ettekujutuse hüvitamisele kuuluva kasutuseeliste nõude ulatusest. Leitakse, et selline informatsiooni andmise kohustus tuleb mh hea usu põhimõttest. Kui võlausaldaja saab aga nõude ulatuse suuremate raskusteta ise kindlaks määrata, puudub tal võlgniku vastu selline informatsiooni andmise nõue.¹⁰⁸⁰ Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine võlausaldaja vastusoorituskohustust ei lõpeta, siis ei teki võlausaldajal võlgniku vastu ka kasutuseeliste hüvitamise ja sellega seotud informatsiooni andmise nõuet. Küll aga võib selline informatsiooni andmise nõue tekkida võlgnikul, kellele tekib üleantu tagastamise nõue ja õigus nõuda võlausaldajalt kasutuseeliste hüvitamist.

Küsitav on, mis saab lepingust taganemise korral võlgniku kohustuste **täitmiseks antud tagatistest**. Kuna lepingust taganemisel on üksnes võlaõiguslik mõju, siis ei kaasne taganemisega mitteaktsessorsete tagatiste lõppemist. Kas võlausaldajal tuleb taganemise järgselt tagastada võlgnikule tagatisest tulenev õiguslik positsioon (nt pandiõigus), sõltub eelkõige sellest, milline on tagatiskokkuleppe sisu. Teisisõnu, tagatise tagastamise kohustus sõltub sellest, kas tagatiskokkuleppe järgi tagab tagatis

¹⁰⁷³ Vt ptk 4.4.3.

¹⁰⁷⁴ VÕS Komm I/Köve, § 189, lk 627 jj; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 189, lk 933 jj; vt ka PWW/Medicus/Stürner, § 346 Rn 3; üleantu mõiste kohta vt ka Wiese/Hauser, S. 301 f; Soergel/Lobinger, § 346, Rn 27–45.

¹⁰⁷⁵ Kull/Käerdi/Köve, lk 298; RKTko 3-2-1-90-12, p 15 jj; VÕS Komm I/Köve, § 189, lk 627–628; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 189, lk 933; sarnaselt Saksa õiguses, vt Soergel/Lobinger, vor § 346, Rn 3, § 346 Rn 1.

¹⁰⁷⁶ Vt väärtuse hüvitamise kohustuse kohta põhjalikult Döll, S. 91 ff.

¹⁰⁷⁷ Vt täpsemalt ptk 4.5.

¹⁰⁷⁸ Vt täpsemalt ptk 4.4.

¹⁰⁷⁹ Vt Döll, S. 87; Erman Komm/Röthel, § 346, Rn 31, 38; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 25.

¹⁰⁸⁰ Döll, S. 87; Palandt/Grüneberg, § 260, Rn 4.

üksnes võlausaldaja täitmisenõuet või ka võlausaldaja muid, sh nt tagasitäitmisest või kahju hüvitamise kohustusest tulenevaid nõudeid.¹⁰⁸¹ Reeglina tagab täitmise tagamiseks antud tagatis võlgniku tagasitäitmise kohustusi üksnes juhul, kui pooled on selles eraldi kokku leppinud. Selline poolte tahe võib nähtuda ka kaudsetest lepingu sõlmimisega seotud asjaoludest (vrldl VÕS § 29 lepingu tõlgendamise kriteeriume).¹⁰⁸² Oluline on, et lepingust taganemisega ei muutu tagatud nõuded *ipso iure*, mistõttu tuleks vaidluse korral eeldada, et täitmise tagamiseks seatud tagatised tagasitäitmisuhtest tulenevaid kohustusi ei taga.¹⁰⁸³ Seda põhjusel, et vaatamata samale lepingulisele alusele on täitmisenõude ja tagasitäitmisnõuete sisu põhimõtteliselt erinev.¹⁰⁸⁴ Kui ilmneb, et tagatiskokkulepe ei hõlma võlgniku tagasitäitmiskohustusi, sõltub tagatiste edasine saatus sellest, kas tegemist on aktsessoorse või mitteaktsessoorse tagatisega. Aktsessoorsed tagatised (nagu käendus, käsipant jms) lõpevad automaatselt ühes tagatud nõude lõppemisega. Mitteaktsessoorsed tagatised ei lõpe, kuid võlgnikul on õigus nõuda selliste tagatiste tagastamist VÕS § 189 lg 1 alusel (vrldl samuti AÕS § 349; AÕS § 80, garantii korral VÕS § 1028¹⁰⁸⁵).

Erinevalt lepingust taganemisest jäävad kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel täitmisenõuet taganud tagatised püsima, tagades edaspidi võlausaldaja kahju hüvitamise nõuet. Õiguskirjanduses märgitakse, et tagatiste püsijäämine on õigustatud seetõttu, et tagatiste tegelik tähendus võlausaldaja jaoks realiseerubki nimelt olukorras, kus võlgnik ei täida võlasuhtest tulenevat kohustust ja võlausaldaja on sunnitud täitmisenõude lõpetama ja nõudma kahju hüvitamist.¹⁰⁸⁶ Seega omab lepingust taganemine ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine võlausaldaja tagatiste püsijäämisele põhimõtteliselt erinevat tähendust.

Eelnevalt käsitletud lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude makspanekuga kaasnevate tagajärgede erinevused võib illustreeritult võtta kokku järgmiselt.

Näide 1: O ja M lepivad kokku kauba müügis hinnaga 100 000 EUR. O jaoks on tegemist hea tehinguga, kuna kauba turuhind on vähemalt 120 000 EUR. Ostuhinna tasumine lepitakse kokku kauba üleandmise vastu. M kaupa ei tarni ja seda ka O poolt kohustuse rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja jooksul.

Kirjeldatud näite puhul on lepingust taganemise tulemus, et O vabaneb ostuhinna tasumise kohustusest ja M vabaneb kauba üleandmise kohustusest. Kokkuvõttes saab O kahju 20 000 EUR, kuna jääb ilma soodsast tehingust. Kahju hüvitamise täit-

¹⁰⁸¹ Vt Saksa õiguses selle kohta MüKo/Gaier, verb § 346, Rn 43; Leser, S. 164; Palandt/Grüneberg, § 346, Rn 6; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 113.

¹⁰⁸² Vrdl selle kohta Saksa õiguses MüKo/Gaier, verb § 346, Rn 43; Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 113 ff; Döll, S. 88–89.

¹⁰⁸³ Vt Saksa õiguses selle kohta Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 113 ff; MüKo/Gaier, vor § 346, Rn 43; Bamberg/Roth/Grothe, § 346 Rn 15; teisiti JurisPK/Faust, § 348, Rn 5.

¹⁰⁸⁴ Döll, S. 89; Palandt/Grüneberg, § Einf v §346, Rn 6.

¹⁰⁸⁵ Vt RKTko 3-2-1-34-13, p 16; RKTko 3-2-1-89-08, p 13; vrdl Saksa õiguses Staudinger/Kaiser, § 346, Rn 112.

¹⁰⁸⁶ Emmerich, S. 196, Rn 7; MüKo/Ernst, verb § 281, Rn 3; vt sarnaselt VÕS Komm I/Käerdi, § 145, lk 505, samuti VÕS Komm I (2016)/Käerdi/Kärson, § 145, lk 764: reeglina käendaja vastutus lepingust taganemisel lõpeb, v.a kui pooltevahelisest kokkuleppest ei tulene teisiti.

mise asemele nõude esitamisel oleks tagajärjeks, et M vabaneb küll kauba üleandmise kohustusest, kuid selle asemele astub M-i kahju hüvitamise kohustus summas 120 000 EUR (M-i soorituse turuväärtus). Muus osas jääb täitmisse suhe püsima: O-l on ostuhinna tasumise kohustus 100 000 EUR, mille ta võib tasaarvestada M-i vastu suunatud kahju hüvitamise nõudega (120 000 EUR). Seda ületavas osas (20 000 EUR) saab O kahjunõude teel saavutada lepingust oodatud kasu.

Näide 2: asjaolud samad, mis eelmise näite puhul, ainult et O on teinud ebaõnnestunud tehingu ja on ostnud M-lt 100 000 EUR eest kaupa, mille turuhind on 80 000 EUR. O poolt lepingust taganemise tulemusena vabanevad mõlemad oma kohustuste täitmisest ja pooltevaheline täitmisse suhe lõpeb tervikuna. M vabaneb O ebasoodsast lepingust ja ei pea kahju kandma. O poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel saab O oma ostuhinna tasumise kohustuse (100 000 EUR) tasaarvestada M-i kahju hüvitamise kohustusega (80 000 EUR), seda ületavas osas (20 000 EUR) tuleb O-l aga tasuda M-le võlgnetav ostuhind. Selle tulemusena asetatakse nii M kui ka O varaliselt olukorda, milles nad oleksid olnud lepingu kohasel täitmisel: O varaline positsioon halveneb 20 000 EUR võrra, M aga saab tehingust oodatud kasu 20 000 EUR.

Näide 3: M müüb O-le 200 000 EUR eest elamu, mille turuhind on 150 000 EUR. Lepingu täitmise järgselt ilmnevad müügiesemel puudused – elamu katus laseb läbi ja selle seinad ei pea sooja. Puuduste kõrvaldamise kulu on 30 000 EUR. Lepingust taganemisel saab O nõuda ostuhinna 200 000 EUR tagastamist, vabanedes ühtlasi kahjulikust tehingust. Seevastu puuduste kõrvaldamise kulutuste nõude (s.o kahju hüvitamise täitmise asemel nõude) esitamisel O ostuhinna tasumise kohustus ei lõpe. Sellisel juhul saab O oma kahjunõude (30 000 EUR) tasaarvestada ostuhinna tasumise kohustusega (200 000 EUR). Lõpptulemusena saab O 200 000 EUR eest puudusteta maja, M aga saab soodsast tehingust 20 000 EUR kasu (M-i kasum väheneb O kahjunõude võrra).

Kui O otsustab nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, lõpeb pooltevaheline täitmisse suhe M-i kohustuste osas täielikult ning O-l tuleb elamu omand ja valdus M-le tagastada (VÕS § 115 lg 4). Seega saab O nõuda M-lt 150 000 EUR hüvitamist (elamu turuväärtus), mille arvelt saab teha asendustehingu. M aga võib endiselt nõuda O-lt ostuhinna tasumist (200 000 EUR). Kokkuvõttes saab M nautida lepingust oodatud kasumit (50 000 EUR). Eelnev näide ilmestab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise erinevusi poolte õigustele ja kohustustele, sh poolte võimalusele teenida välja lepingust oodatud kasu. Teisisõnu, kui lepingust taganemisel jääb M oodatud kasumist täielikult ilma, siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel saab M teenida välja lepingust oodatud kasu (vähemalt osaliselt).

Näide 4: M müüb O-le Žiguli, mille eest viimane annab M-le vastutasuks kaheksa lehma. Hiljem selgub, et Žiguli ei ole heas vormis ja sellel on olulised puudused. O ei suuda otsustada, kas taganeda lepingust või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Lepingust taganemisel tuleb pooltel kohustused tagasi täita: M saab tagasi Žiguli ja O lehmad. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel on O-l aga järgmised võimalused. Esmalt võib O nõuda M-lt Žiguli puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist (1000 EUR). Alternatiivselt võib O nõuda M-lt aga Žiguli väärtuse

hüvitamist(4000 EUR), tagastades talle puudustega auto.¹⁰⁸⁷ Mõlemal juhul jääb O vastusoorituskohustus – anda üle kaheksa lehma – püsima. M ei saa nõuda O-lt, et viimane võtaks tagasi M-le antud lehmad.

4.5 Võlgnikult täitmisena saadu tagastamise kohustus

Eelnevalt analüüsiti, milline on võlausaldaja (ostja) täitmisnõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude omavaheline suhe ning millist mõju omab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine võlausaldaja vastusoorituskohustusele. Käesolev alapeatükk keskendub võlausaldaja (ostja) kohustusele tagastada võlgnikule (müüja) saadu, mille täitmise asemel ta võlgnikult kahju hüvitamist nõuab.

Näide: ostja O ostab müüjalt M 200 Hiina portselanist serviisikomplekti hinnaga 200 000 EUR. Müügieseme turuhind on 250 000 EUR. Müügieseme üleandmisel ilmneb, et M ei suuda tähtaegselt tarnida serviisikomplektide juurde kuuluvaid kohvitasse, kuid annab ostjale üle iga komplekti juurde kuuluvad ülejäänud komponendid (eel-, pea- ja magusroa taldrikud, noad-kahvlid jms). Kuna M ei täida lepingut ka täiendava tähtaja jooksul, otsustab O nõuda kahju hüvitamist kogu 200 serviisikomplekti asemel, kuivõrd mittetäielike komplektide vastu tal huvi puudub. Kahju kogu täitmise asemel nõude esitamise tulemusena võib O nõuda M-lt kogu soorituse väärtuse hüvitamist rahas, s.o 250 000 EUR tasumist. Kuna M on kandnud O-le soorituse teostamisega kulutusi 150 000 EUR, ei ole ta nõus hüvitist tasuma ilma, et O tagastaks talle üle antud eel-, pea- ja magusroa taldrikud, noad-kahvlid jms. Kas M võib nõuda O-lt üle antud esemete tagastamist?

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel võlausaldaja (ostja) kohustust tagastada võlgnikule (müüjale) viimaselt lepingu täitmisena saadu reguleerib VÕS § 115, mille neljanda lõike järgi, kui võlgnik on kohustuse *täitnud osaliselt* ja võlausaldaja on õigustatult nõudnud kahju hüvitamist kohustuse *tervikuna (s.o kogu) täitmise asemel*, tuleb võlausaldajal sellisel juhul kohustuse osalise täitmisena üleantu tagastada vastavalt VÕS §-dele 189–191. Seega näeb seadus võlgnikule ette õiguse nõuda tema poolt võlausaldajale osalise täitmisena üleantu tagastamist. Regulatsiooni lähtepunktiks on arusaam, et võlausaldaja, kes ei rahuldu võlgniku naturaalkohustuse täitmisega ja soovib saavutada lepinguga silmas peetud positiivse huvi kahju hüvitamise nõude kaudu, ei tohi sattuda kahjunõude esitamisega paremasse varalisse olukorda, kui ta oleks olnud võlgniku poolt kohustuste kohasel täitmisel. Seega juhul, kui võlausaldaja saaks vaatamata kahjunõude esitamisele jätta endale ka võlgnikult täitmisena saadu (serviisikomplektid), tooks see kaasa võlgniku poolt kohustuste täitmise mitu korda: võlausaldaja saaks võlgnikult nii täitmise asemele astunud kahjuhüvitise kui ka täitmisena võlgnitud naturaaltäitmise. Eelnevalt kirjeldatud Hiina portselani serviisikomplektide näite puhul tähendaks see, et O saaks jätta endale M-lt saadud 200 serviisikomplekti (mittetäieliku soorituse turuväärtus 230 000 EUR, omahind M jaoks 180 000 EUR), samuti saaks O nõuda M-lt kahju hüvitamist (250 000 EUR). Sellisel juhul oleks M-i tehinguga seotud kogukulu 430 000 EUR (180 000+250 000).

¹⁰⁸⁷ Vt täpsemalt ptk 4.5.

Selline tulemus oleks ebamõistlik. Seda enam, et esitades kahju hüvitamise täitmise asemel nõude on O deklareerinud, et tal puudub M-i naturaaltäitmise vastu huvi ja ta soovib üksnes kahju hüvitamist. Tasakaalustamaks poolte huve, näeb VÕS § 115 lg 4 ette, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisel võib võlgnik nõuda võlausaldajalt viimasele lepingu täitmisena üleantu tagastamist. Meie näite puhul tähendab see, et M võib nõuda O-lt 200 puudusega serviisikomplekti tagastamist.

VÕS § 115 lg-ga 4 sarnase regulatsiooni näeb ette ka sätte eeskujuks olnud BGB § 281 lg 5, mille järgi juhul, kui võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võib võlgnik nõuda võlausaldajalt üleantu tagastamist vastavalt lepingust taganemise sätetele (BGB § 346–348).¹⁰⁸⁸ Õiguskirjanduses märgitakse, et regulatsioon kohaldub kõigile kahju hüvitamise kogu täitmise asemel juhtumitele sõltumata sellest, kas tegemist on mittekohase täitmise või osalise täitmisega.¹⁰⁸⁹ Võlgniku tagastamisnõude ulatus sõltub seejuures sellest, millises ulatuses (kas täielikult või osaliselt) võlausaldaja kahju hüvitamist täitmise asemel nõuab, samuti sellest, kas ja millises ulatuses on võlgnik jõudnud võlausaldajale kohustuste täitmise raames sooritusi teha. Teisisõnu – ulatuses, milles võlgnik on võlausaldajale kohustuse täitnud, kuid milles võlausaldaja on nõudnud võlgnikult kahju hüvitamist täitmise asemel, peab võlgnikule olema tagatud üleantu tagasinõudeõigus.¹⁰⁹⁰ Õigusdogmaatilisel toob nõude esitamine kaasa tulemuse, et täitmissuhe vastavas ulatuses lõpeb, mistõttu langeb õiguslik alus saadu osas võlausaldaja jaoks ära.¹⁰⁹¹ Õiguskirjanduses märgitakse, et üleantu tagastamise nõue on võlgnikul üksnes niivõrd, kui ta täidab võlausaldajale kahju hüvitamise kohustuse. Selline võlgniku ja võlausaldaja kohustuste täitmise seos kehtib ka vastupidi: võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist üksnes saadu võlgnikule väljaandmise vastu. Seega on võlausaldaja väljaandmise ja võlgniku kahju hüvitamise kohustus vastastikku seotud.¹⁰⁹²

Autori hinnangul tuleb VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni pidada **osaliselt ebaõnnestunuduks**. Nimelt sätestab VÕS § 115 lg 4, et võlgnikul on õigus nõuda üleantu tagastamist *üksnes juhul*, kui võlgniku täitmine seisneb *osalises täitmis*es ja võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel. Kuna osaline täitmine eeldab, et võlgniku kohustus on osadeks jaotatav, siis ei hõlma osaline täitmine võlgniku mittekohast (puudusega) täitmist.¹⁰⁹³ Hiina portselanserviisi komplektide näidiskaasuse kontekstis võiks seega väita, et M-l puudub serviisikomplektide tagastamise nõue, kuna M-i rikkumine seisneb müügieseme lepingutingimustele mittevastavuses (VÕS § 217 lg 1), mitte aga osalises täitmis. VÕS § 115 lg 4 sõnastuse järgi puudub M-l serviisikomplektide tagastamise nõue sõltumata sellest, kas O nõuab M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult. Sellist VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni tuleb pidada ebaõnnestunuduks. Autori hinnangul peaks võlgnikul (müüjal) olema üleantu

¹⁰⁸⁸ BGB § 281 lg 5 tekst: „*Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.*“

¹⁰⁸⁹ Vt ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 136 ff.

¹⁰⁹⁰ Vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E1.

¹⁰⁹¹ Vrdl Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52.

¹⁰⁹² MüKo/Ernst, § 281, Rn 152.

¹⁰⁹³ Vrdl osalise täitmise ja asja lepingutingimustele mittevastavuse mõiste kohta ptk 3.1.1 ja ptk 3.2.1.

tagastamise nõue sõltumata sellest, kas kohustuse rikkumine seisneb osalises täitmisel või mittekohases (puudusega) täitmisel. Kui võlgnikul selline tagastamisnõudeõigus puuduks, rikastuks võlausaldaja lubamatult.

VÕS § 115 lg 4 ebaõnnestunud sõnastuse ületamise üks võimalus on tõlgendada kohustuse osalise täitmise mõistet laiendavalt selliselt, et see hõlmab ka mittekohase täitmise juhtumeid.¹⁰⁹⁴ Kuigi selline *tulemus* oleks võlgniku ja võlausaldaja huvide tasakaalu silmas pidades kahtlemata mõistlik, ei oleks see kooskõlas osalise täitmise mõistega. Kohustuse osaline täitmine eeldab, et kohustus on osadeks jaotatav, eristudes olemuslikult kohustuse mittekohasest täitmisest ja asja lepingutingimustele mittevastavusest.¹⁰⁹⁵ Seega on autori hinnangul tõlgenduslikud võimalused VÕS § 115 lg 4 kitsaskohtade ületamiseks piiratud.

Täiendavad raskused VÕS § 115 lg 4 kohaldamisel kerkivad olukorras, kus võlgniku kohustuse täitmine on küll osadeks jaotatav, kuid võlgnik rikub kohustust *üksnes ühe osas suhtes*. Kirjeldatud Hiina portselani serviisikomplektide kaast modifitseerides võiks sellise juhtumiga olla tegu juhul, kui M-i tarnitud kaheksast serviisikomplektist kahekümnel ilmneb, et kohvitasside värv on ebaõige või on tegemist valede tassidega ning O otsustab täiendava tähtaja edutul möödumisel nõuda 20 komplekti osas kahju hüvitamist täitmise asemel. Sellisel juhul ei saa rääkida O poolt kahju hüvitamise *kogu täitmise asemel nõude esitamisest* VÕS § 115 lg 4 tähenduses, mistõttu M-l üle antud kahekümne serviisikomplekti tagasinõudeõigust justkui ei teki. Samas on ilmne, et kui O saaks lisaks kahjunõude maksmapanekule jätta endale ka 20 puudusega serviisikomplekti, oleks tulemus ebaõiglane: M-i huvid saaksid ebaproportsionaalselt kahjustatud, O aga rikastuks lubamatult.

Eelnevalt käsitletud kitsaskohtade vältimiseks oleks autori hinnangul mõistlik muuta VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kohustuse täitmise asemel kahju nõudmisel tuleb võlausaldajal tagastada võlgnikule üleantu §-de 189–191 järgi vastavas osas.”

Võlausaldaja kohustust tagastada võlgnikule viimaselt saadu VÕS §-de 189–191 järgi tuleks sisustada selliselt, et taganemisõiguse regulatsiooni kohaldatakse niivõrd, kui see on kokkusobiv kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega. Nii ei kaasne võlgniku tagastamisnõude tekkimisega võlausaldajale õigust nõuda tema poolt võlgnikule täitmisena üleantu tagastamist, kuna võlausaldaja vastusoorituskohustus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisest ei lõpe.¹⁰⁹⁶ Kui võlausaldaja ei ole aga oma poolset kohustust võlgnikule veel täitnud (või on täitnud selle üksnes osaliselt), võib ta keelduda üleantu võlgnikule tagastamisest seni, kuni võlgnik hüvitab talle kahju (VÕS § 189 lg 1 ls 2 ja § 111 koosmõju). Seega kohaldatakse võlgniku tagastamisnõudele ja võlausaldaja kahjunõudele vastastikuste kohustuste täitmise sätteid. Ühtlasi tähendab see, et võlgnik võib keelduda võlausaldajale kahju hüvitamisest seni, kuni võlausaldaja ei ole tagastanud talle täitmisena üleantut. Kui võlausaldaja soovib aga

¹⁰⁹⁴ Vrdl VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 395; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 597.

¹⁰⁹⁵ Vt täpsemalt ptk 3.1.1 ja 3.2.1.1.

¹⁰⁹⁶ Vt ptk 4.4.

vastusoorituskohustuse täitmisest vabaneda või nõuda omalt poolt võlgnikule üleantu tagastamist, tuleb tal selleks lepingust taganeda.¹⁰⁹⁷

Sarnaselt lepingust taganemisele omab ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine üksnes võlaõiguslikku toimet. See tähendab, et müüja poolt ostjale täitmisenä üle antud esemed jäävad ka peale kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist ostja omandisse, kuid müüjal on õigus nõuda üle antud esemete valduse taastamist, samuti omandiõiguse taastamiseks vajalike tahteavalduste asendamist (TsÜS § 68 lg 5, TMS § 184 lg 1).¹⁰⁹⁸ Kui ostja saadud esemeid müüjale ei tagasta, võib müüja omakorda nõuda ostjalt kahju hüvitamist täitmise asemel (s.o üleantu natuuras tagastamise asemel nende väärtuse hüvitamist). Seda tingimusel, et ostja on jäänud vastuvõtuviivitusse (nt on müüja pakkunud kahju hüvitamist) ja müüja on viivituse tõttu kaotanud huvi eseme tagastamise vastu (VÕS § 115 lg 2 ls 2).

VÕS § 189–191 sätete kohaldamine tähendab mh, et kui võlausaldajal ei ole võimalik üleantut tagastada (nt on ta selle kolmandale isikule võõrandanud või ei ole üleantu tagastatav muul põhjusel VÕS § 189 lg 2 järgi), tuleb võlausaldajal üleantu väärtus võlgnikule hüvitada (VÕS § 189 lg 2). Kui üleantu hind on lepingus määratud, loetakse see VÕS § 189 lg 2 tähenduses üleantu väärtuseks. Kui võlgniku poolt üleantu oli mittekohane või puudustega, tuleb seda üleantu väärtuse hüvitamisel arvesse võtta, et vältida võlgniku rikastumist.¹⁰⁹⁹ Üleantu väljaandmise võimatuse korral võib võlausaldaja üleantu väärtuse hüvitamise kohustus VÕS § 189 lg 4–5 ning § 190 järgi olla kas piiratud või välistatud.¹¹⁰⁰

Võlgniku tagastamisnõude näol on tegemist tehingulise nõudega, mille aegumisele kohaldatakse TsÜS § 146 jj sätteid. Võlgniku tagastamisnõude aegumine hakkab kulgema alates võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisest (mitte nõude maksmapaneku eelduste esinemisest). Seda põhjusel, et alles võlausaldaja poolt nõude esitamisega kujuneb pooltevaheline võlasuhe ümber ja tekib võlgniku õigus nõuda üleantu tagastamist.¹¹⁰¹ Kui võlausaldaja nõuab esialgu kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes osaliselt (nt puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist), soovides hiljem aga laiendada nõuet kogu täitmisele (nt soovib võlausaldaja loobuda võlgniku täitmisest tervikuna ja nõuda asendustehingu kulude hüvitamist), tuleks võlgniku tagastamisnõude aegumise kulgema hakkamist arvestada diferentseeritult lähtuvalt vastavas osas nõude esitamisest. Seega aeguvad võlgniku tagastamisnõude erinevad osad erinevatel tähtpäevadel. Tagastamisnõude sissenõutavaks muutumise osas tuleks lähtuda VÕS § 82 lg 3 ja lg 7 regulatsioonist, st reeglina peaks võlgniku tagastamisnõue muutuma sissenõutavaks nõudeõiguse tekkimisest mõistliku aja möödudes.

¹⁰⁹⁷ Vt ka ptk 4.4.3.4. Lepingust osalise taganemisega seotud problemaatika kohta vt ptk 4.4.3.3.2.

¹⁰⁹⁸ Kuna müüjal tekib ostja suhtes üksnes võlaõiguslik nõudeõigus, puuduvad tal asjaõiguslikud nõuded, eelkõige omandiõigusel põhinev vindikatsiooninõue.

¹⁰⁹⁹ Vt ka RKTko 3-2-1-64-11, p 13; RKTko 3-2-1-154-12, p 20; RKTko 3-2-1-145-14, p 26.

¹¹⁰⁰ VÕS § 189 lg 4 ja 5 kohaldamise osas vt RKTko 3-2-1-29-06, p 27; RKTko 3-2-1-90-12, p 15; VÕS § 190 kohta vt RKTko 3-2-1-34-13, p 15.

¹¹⁰¹ Sarnaselt MüKo/Ernst, § 281, Rn 153; vt ka Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E 1, E 4.

4.6 Kõrvaltagajärjed

Lisaks põhitagajärgedele kaasnevad kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega ka kõrvaltagajärjed, mille praktikas enim tähendust omavatele aspektidele käesolev alapeatükk ongi pühendatud. Võtte arvesse, et ka nõude esitamise kõrvaltagajärgede osas puudub kodumaine õiguskirjandus ja väljakujunenud kohtupraktika, on nende väljaselgitamiseks ja analüüsiks kohane pöörduda regulatsiooni eeskujuks olnud Saksa õiguse poole.

Saksa õiguses leitakse, et sarnaselt kujundusõiguste teostamisega ei ole kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisega kaasnev võlasuhte ümberkujundamine reeglina ühepoolset tagasivõetav. Nii ei saa võlausaldaja nõuda võlgnikult edaspidi täitmist, samuti ei saa ta pöörduda tagasi täitmisenõude juurde.¹¹⁰² Selline kaalutus põhineb kujundusõiguste teostamisega seotud üldisel põhimõttel, et võlasuhte ümberkujundamisega peab võlgnikule olema tagatud õiguskindlus ja võlausaldaja ei tohiks saada erinevaid õiguskaitsevahendeid kasutades võlgnikuga manipuleerida. See tähendab, et täitmisuhte juurde naasmiseks tuleb pooltel leppida kokku uues vastavasisulisel kohustusi hõlmavas lepingus. Kokkuleppe sõlmimisel tuleb arvestada ka lepingule kohalduvate vorminõuetega.¹¹⁰³

Võlausaldaja poolt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel nõude esitamine toob kaasa võlgniku *täitmise seotud kõrvalkohustuste lõppemise*. Kuna sellised kõrvalkohustused on põhikohustustega seotud, siis muutuvad need põhikohustuste lõppemisel sisutuks (nt müügieseme dokumentide üleandmine, müügieseme kasutamise koolituse teostamine jms¹¹⁰⁴). See ei tähenda aga, et lõpevad kõik võlgniku (müüja) kõrvalkohustused. Kuna kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisest tuleb ostjal tagastada müüjale viimaselt saadu (VÕS § 115 lg 4),¹¹⁰⁵ siis müüja üldine kaasaitamis- ja koostöökohustus ei lõpe. Selliste kohustuste täitmine on vajalik, et ostja (võlausaldaja) saaks täita oma tagastamiskohustuse, samuti omapoolse vastusoorituskohustuse.¹¹⁰⁶ Lõppenuks ei tohiks lugeda ka selliseid müüja kohustusi, mis on olemuselt tähtajatud (nt saladuse hoidmise kohustus; kohtualluvuse ja kohaldatava õiguse kokkulepe jms).¹¹⁰⁷

Seevastu juhul, kui ostja (võlausaldaja) nõuab müüjalt (võlgnikult) kahju hüvitamist *üksnes mõne kõrvalkohustuse täitmise asemel*, ei mõjuta see võlgniku muid kõrvalkohustusi, samuti ei too see kaasa põhikohustuste lõppemist. Sellised kohustused lõpevad üksnes võlausaldaja poolt kahju kogu täitmise asemel nõudmisel.¹¹⁰⁸ Samas võivad võlgniku kohustused olla omavahel seotud ka selliselt, et ühe kohustuse

¹¹⁰² MüKo/Ernst, § 281, Rn 106. Vt aga ptk 4.7.

¹¹⁰³ Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52 ff; Emmerich, S. 297, Rn 59; BGH NJW, 1999, 3115; vrdl RKTko 3-2-1-110-08, p 10–11.

¹¹⁰⁴ Vt kõrvalkohustuste kohta ptk 3.3.1.

¹¹⁰⁵ Vt ptk 4.5.

¹¹⁰⁶ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 19, D 23.

¹¹⁰⁷ Siin saab analoogia korras lähtuda lepingust taganemisel alles jäävatest kohustustest, vt selle kohta ptk 4.4.3.5, samuti VÕS Komm I/Köve, § 188, lk 625; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 188, lk 930–931.

¹¹⁰⁸ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 19.

lõppemine toob kaasa ülejäänud kohustuste lõppemise. Tegemist on eelkõige tõlgendamisküsimusega, mille keskmeks on poolte kokkulepe ja lepinguga hõlmatud huvid. Otsustamaks, kas sellise kohustuse lõppemine, mille täitmise asemel võlausaldaja on kahju hüvitamist nõudnud, toob kaasa ka võlgniku ülejäänud täitmisega seotud kohustuste lõppemise, tuleks hinnata, kas lõppenud kohustusel on võlausaldaja huvide seisukohalt selline tähendus, et kohustuse lõppemisega kaasneb ka võlgniku muude kohustuste lõppemine.¹¹⁰⁹

Võlgniku (müüja) täitmiskohustuste osaline või täielik lõppemine *ei lõpeta võlgniku selliseid kohustusi*, mis tal on tekkinud enne võlausaldaja (ostja) poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist. Nii võib võlausaldaja endiselt nõuda selliste viivitusintresside või leppetrahvide tasumist, mida saab arvestada kuni nõude esitamiseni (vrld VÕS § 188 lg 2). Sellised võlausaldaja kõrvalnõuded on tekkinud lõplikult ja täitmisuhte lõppemine neid ei mõjuta. Täitmisnõude lõppemisega lõpeb aga võlausaldaja õigus arvestada täitmisega viivitamiselt leppetrahvi (nt asja üleandmisega viivitamise korral) ja viivitusintresse (rahalise kohustuse täitmisega viivitamisel).¹¹¹⁰ Seda põhjusel, et täitmisnõude lõppemisel ei saa edaspidi rääkida võlgniku poolt kohustuse täitmisega viivitamistest: kohustuselt, mida ei eksisteeri, ei saa arvestada viivitamisega seotud sanktsioone. See ei piira aga võlausaldaja õigust nõuda kohustuste rikkumisega tekitatud kahju hüvitamist (nt saamata jäänud tulu, võlausaldaja lepingupartnerite leppetrahvi- või kahjunõuded, ajutise asendustäitmise kulu jms). Sellised kahjunõuded eksisteerivad võlausaldajal reeglina siiski üksnes perioodi ulatuses, mida saab asjaoludest tulenevalt pidada mõistlikuks ja vajalikuks kohase asendustäitmise teostamiseks.¹¹¹¹

Kui ostja otsustab nõuda müüjalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, lõpeb sellega ka ostja *valdusõigus* müügiesemele.¹¹¹² Ühtlasi lõpeb ka ostja õigus müügieset *kasutada* ja tal tuleb müügiese müüjale *tagastada* (VÕS § 115 lg 4).¹¹¹³ Reeglina on ostjal aga vaatamata müügieseme valdamise õiguse kaotamisele õigus keelduda müügieseme müüjale tagastamisest seni, kuni müüja on hüvitanud talle tekitatud kahju (vrld VÕS § 189 lg 2 ls 2 ja VÕS § 111 koosmõju).¹¹¹⁴ Samuti tuleb kahju kogu täitmise asemel nõude esitamisega lugeda lõppenuks ostja kasuks seatud kinnisasja omandamist tagav eelmärge kui aktsessoorne tagatisõigus.¹¹¹⁵ Kuna selle tulemusena muutub kinnistusraamat ebaõigeks,¹¹¹⁶ võib müüja nõuda ostjalt eelmärke kustutamist ning selleks vajalike tahteavalduste tegemist. Siiski peaks ostjal olema õigus keelduda eelmärke kustutamisest seni, kuni müüja on hüvitanud talle tekkinud kahju (vt VÕS § 110). Seeläbi saab ostja oma kohustuse täitmisest keeldumise teel sundida müüjat tasuma kahjuhüvitise.¹¹¹⁷

¹¹⁰⁹ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn D 20; vrld siin analoogia TsÜS §-ga 85.

¹¹¹⁰ MüKo/Ernst, § 281, Rn 105; BGH NJW, 2000, 71, 72; Emmerich, S. 294–295, Rn 52.

¹¹¹¹ Vt RKTko 3-2-1-5-13, p 36.

¹¹¹² Paland/Grüneberg, § 281, Rn 52.

¹¹¹³ Vt ptk 4.5.

¹¹¹⁴ Vrld RKTko 3-2-1-90-12, p 15; RKTko 3-2-1-57-11, p 31 jj.

¹¹¹⁵ Vrld AÕS Komm I/Kõve, § 63¹, lk 199–201.

¹¹¹⁶ MüKo/Ernst, § 281, Rn 105; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 52.

¹¹¹⁷ Vrld ka RKTko 3-2-1-57-11, p 32–35.

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine ei too kaasa üksnes täitmisenõude lõppemist, vaid see piirab oluliselt ka ostja (võlausaldaja) *õiguskaitsevahendite kasutamise valikuvabadust*. Reeglina ei saa ostja (võlausaldaja) edaspidi samale rikkumisele, mille osas ta on nõudnud kahju hüvitamist täitmise asemel (nt puuduste kõrvaldamise kulude või puudustest tingitud madalama väärtuse hüvitamist), tuginedes alandada hinda, kuna kahjunõude esitamisega loetakse täitmisse suhte vastavas osas lõppenuks.¹¹¹⁸ Samas ei piira nõude esitamine ühelgi viisil võlausaldaja õigust nõuda talle kohustuse rikkumisega tekitatud *muude selliste kahjude hüvitamist*, mida täitmise asemel kahjunõue ei kata. VÕS § 127 lg 1 järgi saab võlausaldaja (ostja) nõuda, et kahju hüvitamise teel asetataks ta olukorda, mis on võimalikult lähedane sellele, milles ta oleks olnud, kui võlgnik (müüja) ei oleks kohustusi rikkunud.¹¹¹⁹ Seega võib võlausaldaja (ostja) lisaks täitmist asendavale kahjule nõuda ka juba tekkinud (nt täiendava tähtaja perioodil) või tulevikus tekkiva saamata jäänud tulu hüvitamist, ajutise asendustäitmise kulude ja saamata jäänud kasutuseeliste hüvitamist, samuti kahju vähendamiseks kantud kulude, nõude maksmapanekuga seotud õigusabikulude jms sarnaste tavapärase kulude hüvitamist. Kõiki selliseid kahjusid saab võlausaldaja (ostja) nõuda tingimusel, et selliste kahjude hüvitamine on kooskõlas kahju hüvitamise ja selle arvestamise üldpõhimõtetega (VÕS § 127 lg 1–5).

Kui võlausaldaja täitmisenõue on tagatud pandiõiguse, tagatisloovutuse, käenduse vms-ga, on võlausaldaja jaoks keskne küsimus, kas täitmisenõude asendumisel kahju hüvitamise nõudega *jäävad tagatised edaspidi tagama kahju hüvitamise nõuet*. Seega tuleb lahendada küsimus, kas võlausaldaja saab edaspidi nõuda kahju hüvitamise kohustuse täitmist ka käendajalt, samuti kas võlausaldaja saab kahjunõude täitmiseks realiseerida tagatise. Autori hinnangul peaksid sellised tagatised jääma püsima ja tagama edaspidi võlausaldaja kahju hüvitamise nõudeid. Seda põhjusel, et tagatiste tegelik tähendus võlausaldaja jaoks realiseerubki olukorras, kus võlgnik ei täida võlasuhtest tulenevat kohustust ja võlausaldaja on sunnitud täitmisenõude lõpetama ning nõudma kahju hüvitamist.¹¹²⁰ Kui võlausaldaja on aga talle võlgniku vastu suunatud täitmisenõude omakorda pantinud, peaks võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel võlausaldaja pandipidajal edaspidi olema õigus nõuda võlgnikult täitmise asemel kahju hüvitamist. Selline õigus peaks kehtima ka juhul, kui võlausaldaja on täitmisenõude pandipidajale tagatisloovutanud.¹¹²¹

Võlgniku pankrotistumisel tuleks võlausaldaja poolt pankrotipessa esitatud täitmise asemel kahjunõuet käsitleda pankrotimenetluse tähenduses võlausaldaja sama nõudena, sh puudutavalt nõude tekkimise aega, nõude õigeaegset pankrotipessa esitamist, nõude tagatust jms. Sellisele järeldusele saab jõuda ka PankrS § 46 alusel. Saksa õiguses leitakse, et võlgniku pankroti väljakuulutamise ei piira reeglina võlausal-

¹¹¹⁸ Vt ka Kalamees (2013), lk 125 jj; vrdl RKTko 3-2-1-100-15, p 24.

¹¹¹⁹ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 438; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 656–657. VÕS § 128 regulatiivne tähendus on piiratud, see ei ole kahju hüvitamise nõude alus ega piira ka muu kahju hüvitamist, mida VÕS § 128 lg-tes 2–5 sätestatud leaaldefinitsioonid ei hõlma, vt VÕS Komm I/Sein § 128, lk 450; VÕS Komm I (2016)/Sein, § 127, lk 675. Vt kahju hüvitamise eesmärgi kohta ptk 4.4.3.1.

¹¹²⁰ Emmerich, S. 196, Rn 7.

¹¹²¹ MüKo/Ernst, § 281, Rn 77.

daja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Seevastu pankrotihalduri poolt vastastikuse lepingu puhul võlausaldajalt lepingu täitmise nõudmisel peaks võlausaldaja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue olema ajutiselt piiratud.¹¹²² Sarnasele tõlgendusele saab jõuda ka tulenevalt PankrS §-st 46, mille esimese lõike kohaselt on halduril õigus lepingust tulenev seni täitmata kohustus täita ja nõuda teiselt poolelt tema kohustuse täitmist või loobuda kohustuse täitmisest. Seega võib müüjast pankrotivõlgniku haldur, kellele ostja ei ole ostuhinda tasunud, otsustada, kas ta jätkab lepingu täitmist ja nõuab müügieseme üleandmise vastu ostuhinna tasumist või loobub tehingust. Seega kui haldur jätkab võlgniku (müüja) kohustuse täitmist või teatab, et kavatseb võlgniku kohustuse täita (vt PankrS § 46 lg 4), on ostja täitmisenõudega seotud ja õigus lõpetada täitmissuhe kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise kaudu peaks olema piiratud. See ei tähenda siiski seda, et halduri poolt lepingu täitmise kasuks otsustamisel lõpeb ostja õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel pöördumatult. Ostja saab nõuda, et haldur tagaks võlgniku kohustuse täitmise. Kui haldur kohustuse täitmist ei taga, võib võlausaldaja keelduda oma kohustuse täitmisest, samuti taganeda lepingust (PankrS § 46 lg 5). PankrS § 46 lg 5 analoogia korras peaks võlausaldajal lepingust taganemise asemel olema õigus nõuda ka kahju hüvitamist täitmise asemel.

Lõpetuseks tuleb märkida, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon on *suuresti dispositiivne*, võimaldades pooltel kokku leppida, milline on täitmise ja kahjunõude esitamise omavaheline suhe, samuti millised on nõude esitamise tingimused ja tagajärjed.¹¹²³ Kuna täitmisenõudelt kahju hüvitamise nõudele üleminek kuulub võlausaldaja privaatautonomiasse, siis on pooltel käsutuspädevus sellistes tingimustes kokku leppimiseks.¹¹²⁴

Õigustamatu nõude esitamine ei too kaasa õiguslikke tagajärgi ega kujunda poolte vahelist täitmissuhet ümber.¹¹²⁵ Selles osas omab alusetu nõude esitamine samasugust olematut tähendust, nagu teiste kujundusõigusõiguslikku mõju omavate õiguskaitsevahendite lubamatu teostamine. Kui võlausaldaja keeldub alusetu nõude esitamise järgselt võlgniku pakutud täitmise vastuvõtmisest, toob see reeglina kaasa võlausaldaja sattumise vastuvõtuviivitusse. Viimane võib aga anda hoopis võlgnikule õiguskaitsevahendite kasutamise õiguse.¹¹²⁶

¹¹²² MüKo/Ernst, § 281, Rn 91.

¹¹²³ BGB § 281 lg 4 on olemuselt dispositiivne, vt Emmerich, S. 297, Rn 59. Erisused võivad kaasneda tarbijalepingute (vrldl VÕS § 237) ja tüüptingimuste regulatsiooniga.

¹¹²⁴ V.a seaduses sätestatud erandid, nt VÕS § 237, mis loeb tühiseks tarbija kahjuks kõrvalekalduvad kokkulepped.

¹¹²⁵ Vrldl Riigikohtu lahendid taganemise kohta, nt RKTko 3-2-1-136-11, p 23; RKTko 3-2-1-5-13, p 18; sarnaselt Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 281, Rn 105.

¹¹²⁶ Vrldl MüKo/Ernst, § 281, Rn 105.

4.7 Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise *ius variandi*

4.7.1 Õiguskaitsevahendite kumulatsioon ja valikuõigus

Võlausaldaja õigust võlgniku kohustuse rikkumisel valida erinevate õiguskaitsevahendite vahel tuntakse õigusteoorias kui *ius variandi*'t.¹¹²⁷ Seejuures ei hõlma *ius variandi* üksnes võlausaldaja õigust valida erinevate õiguskaitsevahendite vahel, vaid ka võlausaldaja õigust valitud õiguskaitsevahendit asjaolude või õigusliku olukorra muutudes üle vaadata ning vajadusel õiguskaitsevahendit muuta. Seega võib võlausaldaja jaoks parima lahenduse kasuks otsustamine nõuda üksikjuhtumil õiguskaitsevahendi revideerimist ning teise õiguskaitsevahendi kasuks otsustamist. Võlausaldaja õigus õiguskaitsevahendit muuta põhineb ideel, et võlausaldajal puudub õiguskaitsevahendi esmasel valikul sageli võimalus näha ette kõiki võlgnikuga seotud asjaolusid ja nende võimalikke muutusi ajas. Seetõttu tuleks võlausaldajale tagada võimalus revideerida valitud õiguskaitsevahendit, pidades samal ajal silmas ka võlgniku ja võlausaldaja õiguste ning huvide mõistliku tasakaalustamise vajadust.¹¹²⁸ Seeläbi tagatakse pooltele piisav paindlikkus reageerida muutustele adekvaatselt.¹¹²⁹ Tulenevalt töö eesmärgist analüüsitakse alljärgnevalt, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse konkurents ja *ius variandi*.

VÕS § 101 lg 2 sätestab üldise õiguskaitsevahendite kumulatsiooni põhimõtte.¹¹³⁰ Nii võib võlausaldaja kohustuse rikkumise korral kasutada eraldi või koos kõiki seadusest või lepingust tulenevaid õiguskaitsevahendeid, mida saab üheaegselt kasutada, kui seadusest või lepingust ei tulene teisiti.¹¹³¹ Elkkõige ei võta kohustuse rikkumisest tuleneva õiguskaitsevahendi kasutamine võlausaldajalt õigust nõuda kohustuse rikkumisega tekitatud kahju hüvitamist (VÕS § 101 lg 2 ls 2). Selliselt on seadusandja andnud kahju hüvitamise nõudele eristaatuse, selgitades, et muu õiguskaitsevahendi kasutamine ei piira võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist. Eelnev kehtib siiski üksnes *täitmise kõrval* kahjunõude suhtes, kuna täitmise asemel kahjunõue lõpetab täitmisenõude (ja võlgniku täitmiskohustuse), konkureerides seeläbi muude täitmist lõpetavate õiguskaitsevahenditega.¹¹³² Lepingust taganemine ei välista reeglina kahjunõude esitamist, mistõttu on need üldjuhul edukalt kombineeritavad. Nii saabki võlausaldaja ka lepingust taganemisel nõuda nt saamata jäänud tulu ja kasutuseelise ära langemises seisnevat kahju, samuti viivituskahjude ja hinnavahe hüvitamist.¹¹³³

¹¹²⁷ Vt *ius variandi* kohta põhjalikult Riewert, S. 87 ff; Leser, S. 219 ff.

¹¹²⁸ Derleder (2003), S. 1000.

¹¹²⁹ Clevinghaus, S. 256; vt ka Derleder (2003), S. 999 ff.

¹¹³⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 321; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 477–479.

¹¹³¹ Täitmisenõude lõppemise osas vt ptk 4.2.

¹¹³² Vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 397–398, § 108, lk 353, § 101, lk 321–322; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 477–479, § 115, lk 605–606; samuti RKTko 3-2-1-131-05, p 18; Kalamees (2013), lk 123–127; võrdlevõiguslikult vt ka CISG-i kohta nt MüKoCISG/Huber, art 46, Rn 13; StaudingerCISG/Magnus, art 46 Rn 19, 24; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 46, Rn 7, art 45, Rn 14–15; vt Saksa õiguse osas Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 41; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 4 ff; MüKo/Westermann, § 441, Rn 2 ff, § 437, Rn 19 f; Soergel/Gsell, § 325, Rn 1 ff.

¹¹³³ Lepingust taganemise ja kahjunõude kombineerimise osas vt ka ptk 5.1.2.4 ja ptk 5.1.3.3.

Nii õigus lepingust taganeda kui ka õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel eeldab reeglina, et võlausaldaja on määranud võlgnikule täiendava tähtaja rikkumise kõrvaldamiseks ja see on edutult möödunud.¹¹³⁴ Täiendava tähtaja edutu möödumine ei tähenda siiski, et pooltevaheline täitmissuhe lõpeb *ipso iure*, vaid see annab võlausaldajale üksnes õiguse minna täitmisnõudelt üle kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele (VÕS § 115 lg 2 ls 1) või lepingust taganeda (VÕS § 116 lg 2 p 5).¹¹³⁵ Võlausaldajal on põhimõtteline valikuõigus, kas ta soovib endiselt võlgniku poolt kohustuse täitmist või otsustab mõne täitmissuhet lõpetava õiguskaitsevahendi kasuks.¹¹³⁶ Ka täiendava tähtaja möödudes täitmisnõude esitamine ei kohusta võlausaldajat täitmisnõude juurde jääma ega võta võlausaldajalt hiljem õigust lepingust taganeda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.¹¹³⁷ Alles kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise või lepingust taganemisega lõpeb võlausaldaja täitmisnõue ning võlgniku õiguse ja kohustuse täita.¹¹³⁸

Järgneval analüüsitakse, milline on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse omavaheline suhe ja konkurents ning võlausaldaja õigus valitud õiguskaitsevahendit vahetada. Esmalt uuritakse võlausaldaja valikuõigust lepingust taganemisel, seejärel analüüsitakse võlausaldaja valikuvõimalusi kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel.

4.7.2 Võlausaldaja taganeb lepingust

Õigus lepingust taganeda on kujundusõigus, mille teostamiseks tuleb võlausaldajal (ostjal) esitada lepingust taganemise avaldus (VÕS § 188 lg 1). Kujundusõiguste teostamisel kehtib üldine ühepoolse tagasivõetamatuse põhimõte, st teise pooleni jõudnud kujundusõiguse teostamise tahteavaldusest ei saa loobuda ega seda tagasi võtta (TsÜS § 72).¹¹³⁹ Seega lõpetab kehtivalt teostatud taganemisavaldus pooltevahelise täitmissuhte, kujundades selle ümber tagasitäitmis- ehk likvideerimissuhteks (VÕS § 189 lg 1).¹¹⁴⁰ Eelneva alusel saab lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude konkurentsi osas teha *esimese järelduse*: kui võlausaldaja on lepingust taganenud, ei saa ta edaspidi nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (nt puuduste

¹¹³⁴ Vt ptk 4.4.3.3.3.

¹¹³⁵ Vt ptk 4.3.1. Selline valikuõigus on võlausaldajal ka juhul, kui võlausaldaja ei pea lepingust taganemiseks või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamiseks määrama võlgnikule täiendavat tähtaega (vt VÕS § 115 lg 3, § 116 lg 2, § 223).

¹¹³⁶ Vt ka VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 321–322; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 477–479.

¹¹³⁷ Vt ptk 4.3.4; vrdl VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 321–322, § 115, lk 394, lk 397–398, § 108, lk 353; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 477–479, § 108, lk 519, § 115, lk 605–606; sarnaselt ka Althammer (2006), S. 1179 ff; Althammer (2005), S. 377 ff; vt ka BGH, NJW 2006, 1198.

¹¹³⁸ Vt ptk ptk 4.2 ja ptk 4.3.

¹¹³⁹ Vt RKTko 3-2-1-110-08, p 10–11; RKTko 3-2-1-129-05, p 37; TsÜS Komm/Kull, § 72, lk 234; VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 319, lk 322; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 478–479; vrdl Kull/Käerdi/Kõve, lk 215; kujundusõiguse tagasivõetamatuse põhimõte kehtib ka Saksa õiguses, vrdl nt Clevinghaus, S. 261; Boerner, S. 2264; Bamberg/Roht/Grothe, § 325, Rn 14; Staudinger/Kaiser, § 349, Rn 23a, Rn 24; MüKo/Ernst, § 325, Rn 23, Rn 3; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 27.

¹¹⁴⁰ Vt taganemise tagajärgede kohta ptk 4.4.3.5.

kõrvaldamise kulu või kohase ja mittekohase täitmise väärtuse vahe hüvitamist).¹¹⁴¹ Teisisõnu – kui täitmissuhet ei eksisteeri, ei saa täitmise asemel kahju hüvitamist nõuda.¹¹⁴² Selliselt on taganemise tulemusena tekkinud tagasitäitmisevõlasuhe dogmaatiliselt kokkusobimatu sellise kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega, mille eesmärk on algselt kokkulepitud soorituse kvaliteedi- või kvantiteedipuuduse kõrvaldamine või võlgniku (müüja) kohase ja mittekohase soorituse väärtuse vahe hüvitamine.¹¹⁴³ See ei piira aga ostja (võlausaldaja) õigust nõuda sellise kahju hüvitamist või leppetrahvi tasumist, mis müüjal (võlgnikul) on tekkinud lepingust taganemise ajaks (VÕS § 188 lg 2 ls 2).¹¹⁴⁴ Sellise kahjunõude näol ei ole aga tegemist kahjunõudega täitmise asemel, vaid täitmise kõrval.¹¹⁴⁵

Saksakeelses õiguskirjanduses on **kujundusõiguse tagasivõetamatuse põhimõtet** tugevalt **kritiseeritud** väitega, et tegemist on dogmaga, millel enamikul juhtudel puudub suurem sisuline õigustatus.¹¹⁴⁶ Nii leitakse, et *kui võlgnik eitab* lepingust taganemise õiguspärasust ja vaidleb sellele vastu, ei vääri ta kujundusõiguse teostamisega seotud kaitset ja võlgniku hilisem tuginemine taganemisele (ja täitmisse suhte lõppemisele) on käsitletav vastuolulise käitumisena ja rikub seega hea usu põhimõtet.¹¹⁴⁷ Samuti märgitakse, et võlgnik väärrib võlausaldaja lepingust taganemisest loobumise ja taganemise kahju hüvitamise täitmise asemel nõude vastu vahetamise ees kaitset üksnes juhul, kui tal on lepingust taganemise püsima jäämise suhtes tekkinud **kaitset vääriv huvi**. Võlgnik, kellel sellist erilist huvi ei eksisteeri, reeglina kaitset ei vääri, mistõttu ei tohiks sellisel juhul lepingust taganemiselt kahjunõudele üleminek olla piiratud.¹¹⁴⁸ Võlgniku eriline kaitset vääriv huvi saab reeglina kõne alla tulla *üksnes piiratud juhtudel*, nt kui võlgnik on lepingust taganemisega nõustunud või tagasitäitmiskohustused juba täitnud, pooled on selles kokkuleppele jõudnud või on selles osas tehtud kohtuotsus.¹¹⁴⁹ Kodumaises kirjanduses märgitakse, et seadus ei keela valitud õiguskaitsevahendit vahetada, kuni võlgnik ei ole valitud õiguskaitsevahendile tuginenud ja tal ei ole tekkinud õiguslike tagajärgede saabumise osas usaldust. Küll aga märgitakse, et lepingust taganemine kui kujundusõigus on tagasivõetamatu.¹¹⁵⁰

Võlausaldaja õigust valitud õiguskaitsevahendit vahetada õigustatakse Saksa õiguskirjanduses täiendavalt argumendiga, et seaduse regulatsiooni eesmärk, mis võimaldab võlausaldajal ka lepingust taganemisel nõuda kahju hüvitamist,¹¹⁵¹ ei ole

¹¹⁴¹ Sarnaselt Saksa õiguses, vt Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 27; MüKo/Gaier, § 325, Rn 23; Kleine/Scholl, S. 3465; BeckOK/Schmidt, § 325 Rn 14; Staudinger/Schwarze, § 325, Rn 19 ff.

¹¹⁴² Osalisel taganemisel kehtib eeltoodu vastavalt piiratud, vt ka BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 14.

¹¹⁴³ MüKo/Ernst, § 325, Rn 28.

¹¹⁴⁴ VÕS Komm I/Kõve, § 188, lk 625; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 188, lk 930–931; vt ka ptk 4.6.

¹¹⁴⁵ Vt erinevate kahjude piiritlemise kohta ptk 1.3.1.

¹¹⁴⁶ Vt Gsell, S. 643 ff, S. 647.

¹¹⁴⁷ Vt Wertenbruch, S. 864 ff; Cleavinghaus, S. 263; vt ka MüKo/Ernst, § 323, Rn 210.

¹¹⁴⁸ Vt ka Soergel/Gsell, § 325, Rn 31; Palandt/Grüneberg, § 325, Rn 2; Canaris (2001), S. 514.

¹¹⁴⁹ Vt Soergel/Gsell § 325, Rn 31; samuti Gsell (2004), S. 648 ff; Palandt/Grüneberg, § 325, Rn 2; Canaris (2001), S. 514.

¹¹⁵⁰ Vt VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 322; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 478–479, küll aga on lepingust taganemist käsitletud tagasivõetamatuna (vt samas).

¹¹⁵¹ Vt BGB § 325 tekst: lepingust taganemine ei lõpeta õigust nõuda kahju hüvitamist.

piirata lepingust taganemise järgselt võlausaldaja õigust otsustada muu õiguskaitsevahendi kasuks, sh nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või ka üksnes piiratult.¹¹⁵² Leitakse, et võlausaldajale sellise õiguse tagamine on vajalik mh selleks, et võlausaldajal oleks lepingust taganemise järgselt võimalik muutunud asjaolude kontekstis õiguskaitsevahendit revideerida ning võtta seeläbi mõistlikult arvesse poolte õigused ja huvid.¹¹⁵³ See tähendab ühtlasi, et osas, milles kahju hüvitamise nõue kõrvaldab taganemise tulemusena tekkinud tagasitäitmissuhte, tuleb kahju hüvitamise nõudele omistada kujundusõigustele iseloomulik võlasuhet ümberkujundav mõju.¹¹⁵⁴

Näide: O ostab M-lt kinnisasja, millel ilmnevad lepingust taganemist õigustavad puudused (VÕS § 223, § 116 lg 2 p 5). O taganeb lepingust ja nõuab juba tasutud ostuhinna 100 000 EUR tagastamist. M vaidleb taganemise kehtivusele vastu. Kuna kinnisvarahinnad on vahepeelsel perioodil oluliselt langenud ja M-i üldine finantsvõimekus on muutunud tagasihoidlikuks, siis selgub, et M-l puuduvad ostuhinna tagastamiseks vahendid. Kahjude ja riskide vähendamiseks otsustab O nüüd loobuda lepingust taganemisest ja nõuda selle asemel kahju hüvitamist täitmise asemel, s.o kas puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist summas 10 000 EUR või kohase ja mittekohase soorituse väärtuse vahe kompenseerimist (8000 EUR).¹¹⁵⁵

Kui O-l oleks kirjeldatud näite puhul õigus nõuda M-lt üksnes ostuhinna tagastamist, oleks suure tõenäosusega tulemuseks olukord, mis ei vasta O ega M-i huvidele. M-l tuleks tagasi võtta oluliselt väärtust kaotanud kinnisasi (uus väärtus 70 000 EUR) ja tagastada O-le ostuhind 100 000 EUR ühes intressidega (VÕS § 189 lg 1). O-l oleks aga M-i vastu 100 000 EUR ulatuses nõudeõigus, mida viimane aga ei suuda täita. Ühtlasi võivad O ostuhinna tagastamise nõudega kaasneda M-le olulised majandusraskused ja viia M-i isiklikku pankrotti. Sellises olukorras on O lootus saada oma nõuetele (100 000 EUR) rahuldust veelgi tagasihoidlikum. Kuna M vaidleb O lepingust taganemisele vastu, siis puudub M-l lepingust taganemise püsima jäämise suhtes vajalik *kaitset vääriv huvi*. Seega ei ole piirang, mille järgi ei saa O vahetada lepingust taganemist kahju hüvitamise nõude vastu, kokkuvõttes M-i ega O huvides. Kui müügieseme puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamine (10 000 EUR) võiks ajapikku olla M-le jõukohane, siis kogu ostuhinna hüvitamise kohustusega kaasneks M-i maksejõuetus. Nii ongi, et kahju hüvitamise kohustus riivab sageli müüja huve oluliselt vähem, kui lepingust taganemisega kaasnev restitutsioon. Kui puuduste kõrvaldamise kulutuste hüvitamise nõue jätab pooltevahelise täitmissuhte suures ulatuses püsima, andes müüjale võimaluse teenida välja lepingust oodatud kasu,¹¹⁵⁶ siis lepingust taganemisel jääb müüja sellest täielikult ilma.

Tõlgendust, mis lubab võlausaldajal ka lepingust taganemise järgselt minna üle kahju hüvitamise nõudele eeldusel, et võlgnikul ei ole erandlikult tekkinud tagasitäitmissuhte püsima jäämise osas kaitset väärivat huvi, tuleb eeltoodud kaalutlustest

¹¹⁵² Emmerich, § 12, Rn 18; AnwK/Büdenbender, § 437, Rn 87; Palandt/Grüneberg, § 325, Rn 2, § 281, Rn 45.

¹¹⁵³ Derleder (2003), S. 1000; Cleavinghaus, S. 262.

¹¹⁵⁴ Derleder (2003), S. 1001.

¹¹⁵⁵ Vt sarnase näite kohta Derleder (2003), S. 1000.

¹¹⁵⁶ Müüja lõplik lepinguga seotud tasu seisneb lepingujärgse ostuhinna ja ostja kahjunõude vahes.

tulenevalt pidada autori hinnangul mõistlikuks ja õigustatuks. Kui lähtuda rangelt põhimõttest, et kujundusõigused ei ole ühepoolset tagasivõetavad, siis on taganemiselt kahjunõudele üleminek dogmaatiliselt komplitseeritud. Sellisel juhul saaks üleminek olla õigustatud üksnes juhul, kui anda kahjunõudele erandlikult kujundusõiguslik tähendus, mis omakorda kujundab taganemise tulemusena tekkinud tagasitäitmissuhte ümber.¹¹⁵⁷ Kas kahjunõudele saab sellist õigussuhet ümberkujundavat mõju omistada, on mõneti küsitav, kuid tõlgenduslikult kindlasti mitte välistatud. Üldiselt oleks aga lihtsam, kui õigusteooria ja kohtupraktika loobuksid kujundusõiguste ühepoolse tagasivõtmatus dogmast.

4.7.3 Võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel

Kui täitmise kõrval kahjunõude esitamine paralleelselt muude õiguskaitsevahendite maksmapanekuga ei valmista reeglina raskusi, siis kahju hüvitamise nõue täitmise asemel konkureerib nii täitmisenõude, hinna alandamise kui ka lepingust taganemisega.¹¹⁵⁸ Seda põhjusel, et kõigi viidatud õiguskaitsevahendite kasutamise ühine tunnus ja tagajärg on täitmissuhte (vähemalt osaline) lõppemine. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise esmane tagajärg on võlgniku täitmiskohustuse lõppemine, siis omab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine kujundusõigusele sarnast mõju, kujundades pooltevahelise täitmissuhte vastavas osas ümber kahju hüvitamise võlasuhteks.¹¹⁵⁹ Järgnevalt analüüsitakse, millised on võlausaldajale *iūs variandi*’st tulenevad valikuvõimalused kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel.

Näide: O ja M sõlmivad vahetuslepingu, millega O annab M-le oma vana Jaguari ja M omakorda O-le mootorratta Kawasaki Spider. Mõne aja pärast ilmneb, et mootorratas on puudustega: korralikult ei tööta pidurid ja kütusekulu on lubatust suurem. M puudusi täiendava tähtaja jooksul ei kõrvalda. O teeb kindlaks, et puuduste kõrvaldamise kulu oleks 2500 EUR ja mootorratta parandamine võtab aega enam kui kaks-kolm kuud. Lepingust taganemine ei paku O-le huvi, kuna oma vana Jaguari ta tagasi ei soovi. Kuna kaotatud suvine sõidurõõm on iga motomehe õudusunenägu, siis otsustab O lepingust taganemise asemel nõuda M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, s.o mootorratta turuväärtuse 5000 EUR hüvitamist. Seejärel leiab O aga Nelli Teataja kaudu remonditöökoja, kus ollakse valmis puudused nädalaga kõrvaldama. O mõtleb ümber ja tahab nüüd nõuda M-lt üksnes puuduste kõrvaldamisega kaasneva kulu 2500 EUR hüvitamist. *Alternatiiv:* O nõuab esmalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (5000 EUR). Seejärel leiab ta aga oma vanale Jaguarile paremat hinda pakkuva uue ostja ja soovib hoopiski lepingust taganeda.

Kuna võlausaldajal (O-l) on põhimõtteliselt õigus valida, millist õiguskaitsevahendit ja millises ulatuses ta kasutab,¹¹⁶⁰ siis tingimusel, et nõude maksmapaneku

¹¹⁵⁷ Vt selle kohta Derleder (2003), S. 1001.

¹¹⁵⁸ Nn väikese kahju ja hinna alandamise konkurentsi kohta vt Kalamees (2013), lk 123–127, samuti RKTKo 3-2-1-100-15, p 24.

¹¹⁵⁹ Vt ptk 4.2.

¹¹⁶⁰ Vrdl RKTKo 3-2-1-100-15, p 24.

eeldused on täidetud, on võlausaldaja vaba valima, kas ta nõuab võlgnikult kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult.¹¹⁶¹ Seega võib O nõuda nii puuduste kõrvaldamise kulu kui ka mootorratta turuhinna väärtuse hüvitamist.¹¹⁶² Probleemaatilisem on olukord aga juhul, kui võlausaldaja soovib kahju hüvitamise *nõude esitamise järgselt muuta nõude ulatust* – nõuda turuväärtuse asemel üksnes puuduste kõrvaldamise kulu hüvitamist või vastupidi, samuti kui O soovib mingil põhjusel kahjunõudest loobuda ja hoopiski lepingust taganeda. Kuna kodumaises õiguskirjanduses ja kohtupraktikas ei ole eeltoodud küsimuses seisukohti avaldatud ega praktika välja kujunenud, siis on autori hinnangul kohane pöörduda võrdlevõiguslikuks analüüsiks Saksa õiguskirjanduse poole.¹¹⁶³

Võttes arvesse, et Riigikohus on kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõudele andnud (autori hinnangul küll ekslikult) lepingust taganemisega sarnase tähenduse¹¹⁶⁴ ja lähtudes teadmisest, et lepingust taganemise osas ollakse nii õiguskirjanduses kui ka kohtupraktikas seisukohal, et see ei ole ühepoolselt tagasivõetav¹¹⁶⁵, võib väita, et valitseva arvamuse kohaselt ei saa võlausaldaja kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisel pöörduda hiljem tagasi kahju osalise täitmise asemel nõude juurde. Üks osa Saksa kirjandusest eitab sellist võimalust põhjendusega, et kahju kogu täitmise asemel nõude esitamise tulemus on ostja poolt müüja soorituskohustusest keeldumine, mille tulemusena lõpeb täitmissuhe tervikuna ja ühes sellega ka ostja valdusõigus müügiesemele. Selline täitmisest keeldumise teel õigussuhte ümberkujundamine on aga sarnaselt lepingust taganemisega olemuselt tagasivõtmatu.¹¹⁶⁶ Seega on keskne lahendamisele kuuluv küsimus siin sarnane eelmises peatükis käsitletuga: kas võlausaldajal võiks olla õigus vahetada võlgnikku enam koormav nõue teda eelduslikult vähem koormava nõude vastu?

Progressiivne osa Saksa kirjandusest leiab, et sellist võlausaldaja õigust **tuleks üldjuhul tunnustada**, v.a juhul kui võlgnikul on sellise muudatuse ees tekkinud erandlikult *kaitsmist vääriv huvi* või on võlausaldaja käitumine *vastuolus hea usu põhimõttega*.¹¹⁶⁷ Ühtlasi leitakse, et võlausaldaja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine ei tohiks piirata võlausaldaja õigust otsustada hiljem lepingust taganemise kasuks.¹¹⁶⁸ See tähendab, et vaatamata kahjunõude esitamisele

¹¹⁶¹ Sarnaselt Saksa õiguses, vt MüKo/Ernst, § 281, Rn 154.

¹¹⁶² Sarnaselt Saksa õiguses MüKo/Ernst, § 281, Rn 158. Võlausaldaja ei saa siiski nõuda samaaegselt mõlema kahju hüvitamist, vaid peab tegema valiku.

¹¹⁶³ Kalamehe (2013) töös on käsitletud hinna alandamise ja kahju hüvitamise konkurentsi, kuid küsimust hinna alandamiselt kahju hüvitamise nõudele üleminekut (ja vastupidi) töös ei käsitleta; samuti ei ole töös analüüsitud võimalust lepingust taganemise järgselt pöörduda tagasi hinna alandamise juurde.

¹¹⁶⁴ Vt pkt 4.4.1; RKTko 3-2-1-50-06, p 23; RKTko 3-2-1-45-08, p 18; RKTko 3-2-1-37-09, p 14; RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

¹¹⁶⁵ Vt RKTko 3-2-1-110-08, p 10–11; RKTko 3-2-1-129-05, p 37; TsÜS Komm/Kull, § 72, lk 234; VÕS Komm I/Köve, § 101, lk 322; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 101, lk 478–479; vrdl Kull/Käerdi/Köve, lk 215.

¹¹⁶⁶ Althammer/Löhnig, S. 541 ff; vt ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 158; teisiti Cleavinghaus, S. 271–273; Soergel/Gsell, § 325, Rn 29.

¹¹⁶⁷ Soergel/Gsell, § 325, Rn 29; vt ka Cleavinghaus, lk 271–273.

¹¹⁶⁸ BeckOK/Schmidt, § 320, Rn 14; MüKo/Ernst, § 325, Rn 20; Soergel/Gsell, § 325, Rn 29.

võib võlausaldaja hiljem lepingust taganeda, sh kombineerida lepingust taganemise kahju hüvitamise nõudega. Siiski tuleb võlausaldajal arvestada, et taganemisõigus ei tohi olla selleks ajaks lõppenud, samuti ei tohi taganemisele üleminek kahjustada võlgniku kaitsmist väärivat huvi, kui tal on tekkinud eriline õigustatud ootus õigussuhte varasemal kujul püsijäämise suhtes.¹¹⁶⁹

Võlausaldaja huvi võib olla ka vastupidine, s.o vahetada piiratud kahju hüvitamise nõue kogu täitmise asemel kahjunõude või lepingust taganemise vastu. Saksa õiguses leitakse, et kui võlausaldaja nõuab esialgu kahju hüvitamist täitmise asemel osaliselt (nt puuduste kõrvaldamise kulude või kohase ja mittekohase müügieseme väärtuste vahe hüvitamist), *ei piira see reeglina* võlausaldaja õigust otsustada hiljem kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude kasuks.¹¹⁷⁰ Kuigi kirjanduses on esindatud seisukoht, et selline nõude ulatuse muutmine peaks olema piiratud sarnaselt võlausaldaja poolt hinna alandamiselt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõudele üleminekuga,¹¹⁷¹ ei saa sellist väidet pidada kohaseks, kuna hinna alandamine ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue erinevad oluliselt nii oma eesmärgilt, eeldustelt, funktsioonilt kui ka tagajärgedelt, mistõttu on ka selline paralleel sobimatu.¹¹⁷² Nii võibki ostja, nõudes esmalt puuduste kõrvaldamise või kohase ja mittekohase väärtuse vahe hüvitamist, soovi korral minna üle kahju kogu täitmise asemel nõudele ja nõuda müüjalt müügieseme turuhinna väärtuse hüvitamist. Samuti on võlausaldajal õigus lepingust taganeda eeldusel, et taganemisõigus ei ole lõppenud.¹¹⁷³

Sarnaselt lepingust taganemiselt kahjunõudele üleminekule¹¹⁷⁴ peaks ka võlausaldaja õigus asendada osaline kahju hüvitamise täitmise asemel nõue kogu täitmise asemel nõude või lepingust taganemisega olema piiratud juhul, kui võlgnikul on erandlikult tekkinud sellise muudatuse ees *kaitsmist vääriv huvi*. Näiteks kui võlgnik on kahjuhüvitise tasunud,¹¹⁷⁵ pooled kahjuhüvitis kokkuleppele jõudnud¹¹⁷⁶ või on kahjuhüvitis jõustunud kohtuotsusega välja mõistetud.¹¹⁷⁷ Muul juhul võlgniku kaitset vääriv huvi reeglina aga puudub.¹¹⁷⁸

¹¹⁶⁹ Soergel/Gsell, § 325, Rn 29.

¹¹⁷⁰ MüKo/Ernst, § 281, Rn 158; Soergel/Gsell, § 325, Rn 29; AnwK/Dauner-Lieb, § 325, Rn 13; vt ka BGH NJW 1992, 566, 568; teisiti Althammer/Löhnig, S. 542; vt ka Kalamees (2013), lk 123–127: hinna alandamise korral väikest kahju enam nõuda ei saa ja vastupidi, kuna mõlemad õiguskaitsevahendid peavad silmas sama huvi.

¹¹⁷¹ Althammer/Löhnig, S. 542, kelle hinnangul tuleb siin paralleel tõmmata hinna alandamise olukorraga.

¹¹⁷² Vt Cleavinghaus, S. 273 ff. Vt kahju hüvitamise ja hinna alandamise võrdluse kohta ka Kalamees (2013), lk 84–89.

¹¹⁷³ Vt Saksa õiguses selle kohta Soergel/Gsell, § 325, Rn 29.

¹¹⁷⁴ Vt ptk 4.7.2.

¹¹⁷⁵ Sarnaselt Leser, S. 281; Lindacher, S. 52.

¹¹⁷⁶ Leser, S. 279; Lindacher, S. 52.

¹¹⁷⁷ Vt Soergel/Gsell, § 325, Rn 29.

¹¹⁷⁸ Soergel/Gsell, § 325, Rn 29; vrld ka Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 45, Rn 16.

Lõpetuseks tuleb märkida, et võlausaldajale (ostjale) *ius variandi*'st tulenev õigus õiguskaitsevahendeid valida või nende ulatust muuta võib üksikjuhtumil olla piiratud tulenevalt üldisest hea usu põhimõttest ja õiguste kuritarvitamise keelust.¹¹⁷⁹ Kuna sellise piirangu näol on tegemist aga erandiga, tuleb sellist võimalust ka kitsendavalt tõlgendada. Vastasel juhul muutuks erand reegliks ja see ei oleks kooskõlas seaduse tegeliku regulatsiooni ja mõttega.

¹¹⁷⁹ VÕS Komm I/ Kõve, § 101, lk 322; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 479; vt ka Clevinghaus, S. 274.

5. OSTJA ÕIGUS NÕUDA HINNAVAHE HÜVITAMIST

Töö viimane peatükk on pühendatud ostja õigusele nõuda hinnavahe hüvitamist. Hinnavahe hüvitamise nõude näol on tegemist tüüpilise olukorraga, kus ostja loobub müüja kohustuste täitmisest ning soovib edaspidi saavutada lepinguga silmas peetud positiivse huvi kahju hüvitamise teel. Alljärgnevalt analüüsitaksegi, millised on ostja hinnavahe hüvitise nõude maksmapaneku eeldused ja milliste sätete alusel võib ostja hinnavahe hüvitist arvestada.¹¹⁸⁰ Samuti otsitakse vastust küsimusele, kas ostja võib nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes VÕS §-s 135 sätestatu asjaoludel või on ostjal selline õigus ka tulenevalt kahju hüvitamise üldregulatsioonist (VÕS § 127). Analüüsi üks keskne küsimus on, kas ostja saab nõuda hinnavahe hüvitamist ka juhul, kui ta ei ole lepingust (veel) taganenud, tal puudub lepingust taganemise õigus või on tema lepingust taganemise õigus lõppenud tulenevalt VÕS § 118 lg-st 1. Selliselt on töö viimane peatükk olulisel määral inspireeritud mh järgmisest Riigikohtu praktilal põhinevast näidiskaasusest.

Kaasus: O ja M sõlmivad kinnisasja müügilepingu ostuhinnaga 0,9 miljonit EUR. Tehingust saab teada O2, kes omab kinnisasja omandamise suhtes ostueesõigust. Kuna tegemist on hea hinnaga tehinguga (turuhind 1,5 miljonit EUR), otsustab O2 ostueesõigust kasutada. M müügilepingut O2-ga vabatahtlikult ei täida, mistõttu esitab O2 täitmisenõude hagi. Kohus jätab O2 hagi rahuldamata, kuna tema ostueesõigusel on üksnes võlaõiguslik toime ja O on saanud kinnisasja seaduslikuks omanikuks. Ühtlasi on M-i poolt kohustuste täitmine O2 ees muutunud võimatuks (VÕS § 108 lg 2 p 1), mistõttu M kohustusi ei täida. Kuna O2 ei tagane müügilepingust mõistliku aja jooksul, kaotab ta lepingust taganemise õiguse (VÕS § 118 lg 1 p 1). O2 esitab M-i vastu kahju hüvitamise nõude hinnavahe 0,6 miljonit EUR hüvitamiseks. Riigikohus jätab O2 nõude rahuldamata põhjendusel, et kuna O2 ei ole lepingust õigeaegselt (s.o kehtivalt) taganenud, puudub tal ka õigus nõuda hinnavahe hüvitamist.¹¹⁸¹

Peatüki esimene pool keskendub ostja õigusele arvestada hinnavahe hüvitist tulenevalt VÕS §-st 135: käsitletakse regulatsiooni eesmärki, nõude maksmapaneku tingimusi ning abstraktselt ja konkreetset arvestatava hinnavahe hüvitise nõude konkurentsi. Peatüki teine pool on pühendatud küsimusele, kas ja millistel tingimustel saab ostja arvestada hinnavahe hüvitist VÕS § 127 järgi, samuti otsitakse vastust küsimusele, kas sellise nõude saab ostja panna maksma ka lepingust taganemata, mida kehtiv Riigikohtu praktika näib eitavat.

¹¹⁸⁰ Hinnavahe hüvitamise regulatsioon hõlmab suure hulga keerukaid küsimusi, mistõttu alljärgnevas analüüsis piiratakse kitsalt töö esemega ning otsitakse vastust küsimustele, et millised on hinnavahe hüvitamise nõude eeldused ning nõude seos lepingust eelnevalt taganemisega. Analüüsi esemest jääb välja ka müüja õigus nõuda hinnavahe hüvitamist. Tulenevalt hinnavahe hüvitamise nõude olemusest on suurem osa analüüsist kohaldatav ka müüja hinnavahe hüvitamise nõudele, arvestades seejuures müüja positsioonist tulenevaid erinevusi.

¹¹⁸¹ Näidiskaasus põhineb Riigikohtu otsustel 3-2-1-165-09 ja 3-2-1-63-12.

5.1 Hinnavahe hüvitamise nõue VÕS § 135 järgi

5.1.1 Regulatsiooni eesmärk

VÕS § 135 näeb võlausaldajale (ostjale) ette võimaluse nõuda hinnavahe hüvitamist. Regulatsiooni eeskujunormideks on CISG art 75 ja 76, PECL art 9:506 ja 9:507 ning PICC art 7.4.5 ja 7.4.6.¹¹⁸² Säte lubab võlausaldajal arvestada kahju kahel moel. *Esiteks* võib võlausaldaja nõuda esialgse lepingu järgse hinna ja tegelikult teostatud asendustehingu järgse hinna vahe hüvitamist (VÕS § 135 lg 1). *Teiseks* on võlausaldajal õigus arvestada kahju esialgse lepingu järgse hinna ja lepingujärgse kohustuse turuhinna vahena (VÕS § 135 lg 2). Mõlema sellise hinnavahe nõude näol on tegemist kahjunõudega täitmise asemel, kus lepingust taganenud võlausaldaja soovib lepinguga silmas peetud positiivse huvi saavutada mitte võlgniku poolt naturaalkohustuse täitmise, vaid kahju hüvitamise teel.¹¹⁸³ Selliselt välistab hinnavahe hüvitamise nõue võlgniku õiguse ja võimaluse kõrvaldada kohustuste rikkumine oma vahenditest ja teenida välja kogu ostuhind. Mh puudub võlgnikul edaspidi õigus rikkumised VÕS § 107 järgi heastada.¹¹⁸⁴

Õiguskirjanduses märgitakse, et VÕS § 135 lg 1 regulatsiooni **keskne eesmärk** on lihtsustada võlausaldaja kahjunõude maksmapanekut ning kahjude arvestust ja tõendamist.¹¹⁸⁵ Sarnane nõude maksmapaneku lihtsustamise eesmärk on ka VÕS §-l 135 lg 2,¹¹⁸⁶ mis tagab võlausaldajale miinimumkahju esitamise võimaluse, kui võlausaldaja on sõlminud üldistest turutingimustest soodsama lepingu.¹¹⁸⁷ VÕS § 135 lg 2 regulatsioon põhineb ideel, et igal võlausaldajal on õigus ja võimalus sõlmida turutingimustel asendustehing ja ainuüksi asjaolu, et võlausaldaja seda mingil põhjusel ei tee, ei peaks soodustama võlgnikku ega vabastama teda rikkumisega tekitatud kahju hüvitamise kohustusest.¹¹⁸⁸ Teisisõnu, kuna turuhinna olemasolul on ostjal igal juhul võimalus võõrandada kaup turuhinnaga ja teenida sellelt kasu, siis on ostja õigustatud arvestama kahju lähtuvalt ostuhinna ja turuhinna vahest.¹¹⁸⁹ Selliselt põhineb VÕS § 135 lg 2 regulatsioon tõdemusel, et mitte alati ei tee võlausaldaja lepingust taganemise järgselt asendustehingut, kuid vaatamata sellele peaks tal olema õigus tekkinud kahju hüvitamisele. Kuna VÕS § 135 lg 1 järgi kahju arvestamine eeldab igakordselt

¹¹⁸² VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476.

¹¹⁸³ Kahju täitmise asemel ja täitmise kõrval eristamise kohta vt ptk 1.3.1; vrld CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75 Rn 1; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 5.

¹¹⁸⁴ VÕS § 135 järgne hinnavahe hüvitamise õigus eeldab, et ostja on lepingust taganenud (vt ptk 5.2.3.2). Lepingust taganemise tulemusena lõpeb pooltevaheline täitmissuhe, asendudes tagasitäitmissuhtega (VÕS § 189). Täitmissuhte lõppemisega lõpeb ka võlausaldaja õigus täitmist pakkuda ja rikkumine heastada (vrld VÕS § 107 lg 1).

¹¹⁸⁵ Vt ka RKTko 3-2-1-5-13, p 37; VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476; võrdlevalt StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 1, 3; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 1; Kröll/Gotanda, art 75, Rn 3.

¹¹⁸⁶ RKTko 3-2-1-179-15, p 27; VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476, lk 478; vt CISG-i kohta võrdlevalt Kröll/Gotanda, art 76, Rn 1, 3.

¹¹⁸⁷ Vt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476, lk 477; võrdlevalt CISG-i osas MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 1.

¹¹⁸⁸ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477; võrdlevalt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76; Schmidt-Ahrendts, S. 97 ff.

¹¹⁸⁹ Sarnaselt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

konkreetsse asendustehingu tegemist,¹¹⁹⁰ siis asendustehingu tegemata jätmisel või selle VÕS § 135 lg 1 tingimustele mittevastamisel võlausaldaja asendustehingut tulenevalt kahju arvestada ei saa. Viimane tingibki vajaduse VÕS § 135 lg 2 regulatsiooni järele. Seejuures tagab õigus arvestada kahju abstraktselt, et võlausaldaja ei pea hakkama talle tegelikult tekkinud kahju tõendama ja avaldama sellise nõude maksmapanekuks vajalikku konfidentsiaalset informatsiooni.¹¹⁹¹ Kuna selline võlausaldaja hinnavahe nõue on abstraktne, ei saa võlgnik esitada sellele ka vastuväidet, et võlausaldaja tegelikkuses kaupa ei vajanud või et tal puudus soov kaupa edasi müüa (s.o teenida sellelt kasu).¹¹⁹² Samuti ei sõltu nõue sellest, kas ostjale on ka tegelikkuses kahju tekkinud.¹¹⁹³ Kui võlausaldaja on aga teinud tehingu ebasoodsatel tingimustel või turutingimustel, siis hüvitamisele kuuluv kahju puudub, kuna sellisel juhul ei saa rääkida võlausaldaja jaoks positiivsest lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna vahest. Sarnaselt VÕS § 135 lg 1 järgsele nõudele ei piira ka VÕS § 135 lg 2 järgne nõue võlausaldaja õigust nõuda talle tekkinud või tulevikus tekkiva muu kahju hüvitamist (VÕS § 135 lg 3).¹¹⁹⁴

5.1.2 Hinnavahe hüvitamise nõude arvestamine VÕS § 135 lg 1 järgi

Kahju hüvitamise nõudenormist (VÕS § 115 lg 1) tuleb eristada sätteid, mille ülesandeks on reguleerida kahju arvestamise põhimõtteid ja nõude sisu ning ulatust (VÕS §-d 127–140). Kahjunõude esitamise eelduste täidetud on nõude ulatust reguleerivate sätete kohaldamise vältimatuks eelduseks.¹¹⁹⁵ Ka ostja VÕS § 135 järgi arvestatav hinnavahe hüvitamise nõue eeldab, et täidetud on kahjunõude esitamise üldised eeldused ja müüjal (võlgnikul) on tekkinud kahju hüvitamise kohustus.¹¹⁹⁶ Alljärgnevalt analüüsitakse ostja asendustehingul põhineva hinnavahe hüvitamise nõude esitamise spetsiifilisi tingimusi VÕS § 135 lg 1 järgi. Sellise nõude maksmapanek eeldab, et:

1. ostja on kehtivalt lepingust taganenud;
2. ostja on pärast lepingust taganemist mõistliku aja jooksul ja mõistlikul viisil teinud asendustehingu, millega saavutas lepinguga silmas peetud eesmärgi.

Viidatud eelduste olemasolul võib ostja nõuda kahjuhüvitisena lepingujärgse hinna ja asendustehingust tuleneva hinnavahe tasumist (VÕS § 135 lg 1).

¹¹⁹⁰ Kröll/Gotanda, art 76, Rn 2.

¹¹⁹¹ Kröll/Gotanda, art 76, Rn 3; MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 1.

¹¹⁹² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 1; Wittinghofer/Becker, S. 225.

¹¹⁹³ Sarnaselt CISG-s, nt MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 1.

¹¹⁹⁴ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478; võrdlevalt CISG-s Kröll/Gotanda, art 76, Rn 3; sarnaselt PICC Comm, art 7.4.5, p 273. Vt täpsemalt ptk 5.1.2.4 ja ptk 5.1.3.3.

¹¹⁹⁵ Vrdl ka VÕS Komm I/Sein, lk 436, lk 476.

¹¹⁹⁶ Vt kahju hüvitamise nõude üldiste eelduste kohta RKTko 3-2-1-5-12, p 27; RKTko 3-2-1-173-12, p 15; RKTko 3-2-1-129-13, p 22; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115 kommentaarid. Lahendis 3-2-1-179-15, p 27 on Riigikohus õigesti märkinud, et VÕS § 135 lg 2 ei ole nõudenormiks.

5.1.2.1 Ostja on lepingust taganenud

5.1.2.1.1 Lepingust taganemise kui VÕS § 135 lg 1 kohaldamise eelduse eesmärk

Asendustehingul põhineva hinnavahe hüvitamise nõude maksmapaneku eeldusena sätestavad nii CISG art 75, PICC art 7.4.5, PECL art 9:506 kui ka VÕS § 135 lg 1, et ostja peab olema lepingust eelnevalt taganenud.¹¹⁹⁷ Mis on sellise tingimusega seotud kaalutlused ja millist eesmärki see silmas peab, ongi järgneva analüüsi keskmeks.

CISG-i käsitlevas kirjanduses märgitakse, et lepingust eelneva taganemise tingimus põhineb arusaamal, et ostja poolt asendustehingu tegemine toob kaasa tulemuse, kus ta ei soovi enam müüja poolt kohustuste täitmist, mistõttu on müüja jaoks hinnavahe nõude esitamise tagajärg sarnane lepingust taganemisega.¹¹⁹⁸ Seda eelkõige põhjusel, et põhikohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamisega **loobub ostja müüja naturaalsooritusest (täitmisest)**, soovides edaspidi realiseerida lepinguga silmas peetud täitmishuvi kahju hüvitamise kaudu. Seepärast peakski õigus nõuda asendustehingul põhinevat hinnavahe hüvitamist eksisteerima üksnes juhul, kui ostjal on ühtlasi õigus lepingust taganeda.¹¹⁹⁹ Teistpidi tähendab see, et kui lubada asendustehingul põhineva hinnavahe nõude esitamist ka lepingust eelnevalt taganemata, tooks see kaasa tulemuse, kus lepingust taganemisele ette nähtud kõrgendatud kriteeriumid ja nendega silmas peetud eesmärgid kaotaksid oma mõtte. Eelkõige kaldutaks sellisel juhul kõrvale eesmärgist säilitada pooltevaheline leping (täitmissuhte) maksimaalses võimalikus ulatuses, samuti oleks see vastuolus põhimõttega, et täitmissuhet lõpetavatele õiguskaitsevahenditele peaks ostjal olema õigus üksnes müüja kohustuste olulisel rikkumisel. Kui aga ostja saaks kahju hüvitamise nõude esitamise teel lõpetada täitmissuhte sõltumata olulise rikkumise olemasolust, saaks ostja vabaneda lepingust ilma, et ta peaks järgima taganemisele ette nähtud kõrgendatud tingimusi.¹²⁰⁰ Sellised lepingu lõpetamist piiravad kriteeriumid seonduvad aga omakorda eesmärgiga, et ostjal ei tohiks olla võimalust müüja arvelt spekulatsioonida, samuti ei peaks ostja saama lepingust vabaneda iga väiksema rikkumise ettekäändel.¹²⁰¹

Seega mitte igasugune müüja kohustuse rikkumine, mis annab ostjale õiguse nõuda kahju hüvitamist, ei anna ostjale õigust vabaneda täitmissuhtest.¹²⁰² **Dispositsiooni-vabaduse**, kus ostja saab oma edasise käitumise ja käsutuste üle vabalt otsustada, olemata müüja täitmisega seotud, saab ostja saavutada üksnes juhul, kui ta lepingust taganeb.¹²⁰³ See tähendab, et üksnes lepingust taganemine vabastab pooled lepingu

¹¹⁹⁷ RKTko 3-2-1-165-09, p 10; RKTko 3-2-1-63-12, p 11; vrdl CISG-i osas StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 6; vt põhjalikult Schmidt-Ahrendts, S. 70–72.

¹¹⁹⁸ Vrdl Schmidt-Ahrendts, S. 69, 71; MüköCISG/Huber, art 75, Rn 2. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude tagajärgede kohta VÕS-s vt ptk 4.

¹¹⁹⁹ MüköCISG/Huber, art 75, Rn 2.

¹²⁰⁰ MüköCISG/Huber, art 74, Rn 9. Erinevalt CISG-st ja VÕS-st ei näe BGB lepingust taganemisele – sõltumata sellest, ka võlgniku rikkumine seisneb mittetäitmisest või mittekohases täitmisest – ette muud õigust lõpetavat tähtaega kui üldine taganemisõiguse lõppemine täitmisnõude aegumisel (vt BGB § 218, § 323jj).

¹²⁰¹ Vt CISG-i osas Ferrari, S. 1; Schmidt-Ahrendts, S. 153–154.

¹²⁰² Achilles, art 75, Rn 2; OLG Bamberg CISG-online 516; Schmidt-Ahrendts, S. 69.

¹²⁰³ MüköHGB/Mankowski, art 75, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 7.

täitmisega seotusest ja õigustab võlausaldajat otsima täitmist kolmandatelt isikutelt.¹²⁰⁴ Lepingust taganemise ja dispositsioonivabaduse saavutamise tulemusena võib ostja sõlmida asendustehingu ja käsitleda seda samaaegselt kui esialgse tehingu ja müüja täitmise asendust.¹²⁰⁵ Seega tagab lepingust eelneva taganemise tingimus, et võlausaldaja ei saaks võlgniku täitmisest loobuda ja saavutada lepingust taganemisega sarnast tulemust üksnes seeläbi, et ta esitab võlgnikule kahju hüvitamise nõude, arvestades kahjuna asendustehingu hinnavahe.¹²⁰⁶

Eelnevat illustreerib Bambergi kõrgema regionaalkohtu otsus, milles kohus märkis, et ilma eelnevalt lepingust taganemata ei saa võlausaldaja arvestada kahju lähtuvalt asendustehingust, kuna kuni lepingust taganemiseni tuleb pooltel olla lepingu täitmisele lojaalne ja täita lepinguga seotud kohustusi. Alles lepingust taganemine lõpetab poolte täitmissuhte, mille tulemusena saavad pooled tagasi oma dispositsiooni- ja valikuvabaduse. Seetõttu ei ole ka lepingust eelnevalt taganemata lubatud arvestada kahju lähtuvalt asendustehingust.¹²⁰⁷

Autori hinnangul saab VÕS §-s 135 sätestatud lepingust eelneva taganemise tingimuse eesmärgi sisustamisel lähtuda eelnevalt käsitletud kaalutlustest. See tähendab, et võlausaldajal (ostjal) tekib õigus asendustehinguga seotud hinnavahe hüvitamisele üksnes juhul, kui ta on vabanenud võlgniku täitmisega seotusest. Ühtlasi tähendab see, et kui müüja rikub oluliselt lepingut, tuleb ostjal langetada otsus, kas ta soovib müüjaga täitmissuhet jätkata, nõudes nt puuduste kõrvaldamist või müügieseme asendamist (VÕS § 222), või soovib ta täitmissuhtest vabaneda ja hankida müügieseme kolmandalt isikult asendustäitmise korras. Selleks tuleb ostjal aga eelnevalt lepingust taganeda, et saavutada edasiste käsutuste osas dispositsioonivabadus. Täitmissuhtest vabanemine üksnes hinnavahe hüvitise nõudmise kaudu ei tohiks aga olla võimalik, kuna sellisel juhul saaks ostja vabaneda lepinguga seotusest ning saavutada lepingust taganemisele sarnase tulemuse ka lepingust taganemisele ette nähtud kõrgendatud kriteeriume järgimata. See oleks aga vastuolus põhimõttega, et ostja võib müüja täitmisest loobuda üksnes juhul, kui müüja on rikkunud kohustusi oluliselt.

5.1.2.1.2 Ostja õigus lepingust taganeda

VÕS § 135 lg 1 järgi võib ostja nõuda asendustehingust tuleneva hinnavahe hüvitamist üksnes juhul, kui ta on eelnevalt lepingust kehtivalt taganenud.¹²⁰⁸ Üldised alused, millal ostja võib lepingust taganeda, on sätestatud VÕS §-s 116 lg 1, mille järgi võib võlausaldaja lepingust taganeda, kui võlgnik on rikkunud kohustusi oluliselt. Kuna VÕS-i õiguskaitsevahendite süsteem lähtub kohustuse rikkumise ühtsest põhimõttest, siis ei sõltu ostja õigus lepingust taganeda sellest, millest tingituna ja millist liiki

¹²⁰⁴ Kröll/Gotanda, art 75, Rn 9; Bach, S. 304.

¹²⁰⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5; Schmidt-Ahrendts, S. 69.

¹²⁰⁶ Schmidt-Ahrendts, S. 69.

¹²⁰⁷ Kröll/Gotanda, art 75, Rn 7; OLG Bamberg CISG-online 516.

¹²⁰⁸ RKTko 3-2-1-63-12, p 11; VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476; vrdl sarnaselt CISG-i osas StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 6; põhjalikult Schmidt-Ahrendts, S. 70–72.

kohustusi müüja rikkunud on.¹²⁰⁹ Näidisloetelu, millisel juhul loetakse müüja igal juhul (s.o *eelkõige*) kohustusi oluliselt rikkunuks, sätestab VÕS § 116 lg 2.¹²¹⁰

Laskumata järgnevalt olulise lepingurikkumise mõistega seotud üksikasjadesse, on siiski **oluline rõhutada järgmist**: VÕS-i olulise lepingurikkumise mõiste erineb oluliselt CISG-i, PECL-i ja PICC-i kontseptsioonist.¹²¹¹ Nimelt sätestab VÕS § 116 lg 2 p 5, et võlausaldaja võib lepingust taganeda, kui teine lepingupool ei täida täiendava tähtaja jooksul oma *ükskõik millist* kohustust. Võttes nüüd arvesse, et VÕS lähtub kohustuse rikkumise ühtsest mõistest ja kohustuse rikkumiseks tuleb lugeda nii põhi-, kõrval-, kaitse-, kaasaaitamis-, hoidumis-, selgitamis- jms kohustuse rikkumine (s.o põhi- või kõrvalkohustuse rikkumine), siis on ostjal VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi õigus lepingust taganeda iga müüjapoolse põhi- või kõrvalkohustuse täiendaval tähtajal täitmata jätmise, osalise täitmise või mittekohase täitmise korral.¹²¹² Seejuures tuleb rõhutada, et küsimust sellest, kas VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsioon on õiguspoliitiliselt mõistlik ja õnnestunud, tuleb eristada seaduse kehtivast regulatsioon. Teisisõnu, VÕS § 116 lg 2 p 5 sätestab üheselt, et *ükskõik millise* kohustuse täiendaval tähtajalt täitmata jätmine on piisav, et lugeda lepingurikkumine oluliseks.¹²¹³

Seevastu CISG, PECL ja PICC ei näe muu kui mittetäitmises seisneva rikkumise korral ette võimalust muuta võlgniku rikkumine oluliseks läbi täiendava tähtaja edutu möödumise.¹²¹⁴ Ühtlasi tähendab see, et erinevalt VÕS-i regulatsioonist ei saa ostja täiendava tähtaja edutu möödumisega saavutada kindlust, et müüja rikkumise saab lugeda oluliseks ja see õigustab teda lepingust taganema.¹²¹⁵ CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioonide keskne ühine tunnus on, et võlgniku mittekohase täitmise oluliseks rikkumiseks lugemisel tuleb hinnata, kas rikkumine on ka materiaalselt oluline ja

¹²⁰⁹ Vt ptk 1.1.3.

¹²¹⁰ Seadus kasutab VÕS § 116 lg-s 2 toodud näidisloetelu osas mõistet *eelkõige*. „Eesti keele seletava sõnaraamatu” järgi tähendab *eelkõige* „eeskätt”, „kõige enam”, „eriti”. Seadusest või poolte kokkuleppest võib tuleneda muid aluseid, millal võlgniku rikkumine loetakse oluliseks, nt VÕS § 223, VÕS Komm I/Kõve, § 116, lk 401; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 116, lk 610; RKTKo 3-2-1-100-07, p 13; RKTKo 3-2-1-107-08, p 10.

¹²¹¹ Vt ka ptk 4.1.

¹²¹² Sarnaselt Sein (2013), S. 18–19.

¹²¹³ Vt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 584, § 116, lk 611; VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 387 ja § 116, lk 402: Kõve märgib ühelt poolt, et täiendava tähtaja edutul möödumisel peaks võlausaldajal reeglina alati olema õigus lepingust taganeda, teiselt poolt aga leiab, et ilmselt ei ole VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsioon sellisel kujul õiglane. Autori hinnangul on küsimus sellest, kas VÕS § 116 lg 2 p 5 kehtiv regulatsioon on õiglane või ebaõiglane, asjakohatu. See on küsimus õiguspoliitilisest otsustusest, kuhu tõmmata olulise rikkumise piir. Seaduse ühemõttelisest sõnastusest (nagu näeb ette ka VÕS § 116 lg 2 p 5) tõlgenduslike võtetega kõrvale kaldumine ei tohiks olla lubatud. Teistsugune tulemus oleks vastuolus võimude lahususe ja õiguskindluse põhimõttega, vrdl TsÜS Komm/Kull, § 138, lk 416, mille järgi tuleb kohtutel seaduse tõlgendamisel lähtuda maksimaalselt seaduses sätestatust, kuna üksnes sellisel juhul on tagatud, et hea usu põhimõttega opereerimine ei riku isikute õigust õiguspärasele ootusele ja õiguskindlusele.

¹²¹⁴ PICC art 7.3.1 lg 2 p (d) võib sellise tulemuse küll anda, kuid see ei eelda iseenesest täiendava tähtaja andmist, samuti ei pruugi täiendava tähtaja edutu möödumine igakordselt tähendada, et esineb PICC art 7.3.1 lg 2 p (d) koosseis. Vt ka ptk 4.1.

¹²¹⁵ Vt ptk 4.1 ja ptk 1.1.3; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 114, lk 584; VÕS Komm I/Kõve, § 114, lk 387, § 116, lk 402.

ainult sellisel juhul on võlausaldajal õigus lepingust taganeda.¹²¹⁶ Seega võib väita, et VÕS-i ja viidatud regulatsioonide olulise lepingurikkumise kontseptsioon erinevad oluliselt.¹²¹⁷

VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsiooni juured ulatuvad BGB §-i 323 lg 1,¹²¹⁸ mis samuti sätestab võlausaldaja õiguse taganeda lepingust täiendava tähtaja edutul möödumisel.¹²¹⁹ Erinevalt VÕS-st, CISG-st, PECL-st ja PICC-st ei eelda lepingust taganemine BGB järgi aga võlgnikupoolset *olulist rikkumist*, vaid üksnes BGB § 323 lg-tes 1 ja 2 sätestatud asjaolude esinemist: kas täiendava tähtaja edutut möödumist või selliste erandlike asjaolude olemasolu, mis lubavad võlausaldajal taganeda lepingust ka täiendavat tähtaega andmata (BGB § 323 lg 2). Mittekohase täitmise korral ei või võlausaldaja täiendava tähtaja edutul möödumisel lepingust erandlikult taganeda *üksnes juhul*, kui rikkumine on vähetähtis (BGB § 325 lg 5). Tõendamiskoormis, et kohustuse rikkumine on vähetähtis ja võlausaldajal puudub lepingust taganemise õigus, on võlgniku kanda.¹²²⁰ Seega on BGB lahendus võlausaldaja lepingust taganemise õiguse osas märkimisväärselt erinev CISG-st, PECL-st ja PICC-st.

Lisaks VÕS § 116 regulatsioonile näeb VÕS § 223 ette täiendavad müüja olulise lepingurikkumise koosseisud. Nii loetakse VÕS § 223 lg 1 järgi müüja oluliselt lepingut rikkunuks mh juhul, kui asja parandamine või asendamine ei ole võimalik või ebaõnnestub või kui müüja keeldub õigustamatult asja parandamast või asendamast või ei tee seda mõistliku aja jooksul pärast talle lepingutingimustele mittevastavusest teatamist.¹²²¹ Seoses ostja õigusega lepingust taganeda sätestab VÕS § 223 võrreldes VÕS §-ga 116 kaks olulist erisust. *Esiteks* tuleneb sellest, et ostja võib taganeda lepingust igakordselt, kui müüja ei kõrvalda *mis tahes* asja lepingutingimustele mittevastavust täiendava tähtaja jooksul või kui see valmistab tarbijale liigseid ebamugavusi.¹²²² See tähendab, et igasugune mõistliku tähtaja möödudes esinev müügieseme lepingutingimustele mittevastavus annab ostjale õiguse lepingust taganeda.¹²²³

Teine VÕS §-ga 223 seotud märkimisväärne erisus on, et kui VÕS § 116 lg 2 p 5 sätestatud üldpõhimõtte järgi tuleb ostjal (võlausaldajal) määrata müüjale (võlgnikule) puuduse kõrvaldamiseks mõistliku pikkusega täiendav tähtaeg ning alles selle edutul möödumisel saab ostja lepingust taganeda, siis VÕS § 223 järgi ei pea ostja taganemise õiguse tekkimiseks määrama müüjale täiendavat tähtaega rikkumise kõrvaldamiseks, vaid piisab, kui ta teavitab müüjat müügieseme lepingutingimustele mittevastavusest ja müüja ei kõrvalda puudust mõistliku aja. Teisisõnu, kui müüja ostja poolt rikkumisele tuginemise järgselt mõistliku aja jooksul rikkumise kõrvaldamisse ei sekku – s.o

¹²¹⁶ Vt CISG art 49 lg 2; erandina PECL art 8:103 (c); samuti PICC art 7.3.1 lg 2 p (c) ja (d), mille õigustatus sellisel kujul on siiski küsitav.

¹²¹⁷ VÕS-i ja BGB § 323 regulatsiooni võrdluse osas vt ptk 4.1.

¹²¹⁸ VÕS Komm I/Köve, § 116, lk 400; VÕS Komm I (2016)/Köve, § 116, lk 608.

¹²¹⁹ Vt BeckOK/H. Schmidt, § 323, Rn 11 ff.

¹²²⁰ Vt MüKo/Ernst, § 323, Rn 205, Rn 243 ff; Soergel/Gsell, § 323, Rn 217.

¹²²¹ VÕS Komm II/Käerdi, § 223, lk 63; vt § 223 kohaldamise praktika kohta kriitiliselt ka ptk 3.2.3.

¹²²² Sarnaselt tekib ostjal VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi õigus lepingust taganeda sõltumata sellest, kas tegemist on olulise või väheolulise asja lepingutingimustele mittevastavusega.

¹²²³ Sarnaselt Sein (2013), S. 18–19. Vt ka ptk 3.2.3.

puuduse kõrvaldamist või müügieseme asendamist ei paku –, võib ostja müüjale täiendada tähtaega määramata ja teda lepingu lõpetamise eest hoiatamata lepingust taganeda.¹²²⁴ Selliselt jaotab VÕS § 223 poolte kommunikatsioonirisk võrreldes VÕS-i üldosa sätetega põhimõtteliselt erinevalt: müügieseme puuduste korral on müüja see, kes peab aktiivselt rikkumise kõrvaldamisse sekkuma ja pakkuma ostjale puuduse kõrvaldamist või müügieseme asendamist.¹²²⁵ Kui müüja seda ei tee, riskib ta sellega, et ostja võib lepingust taganeda. Ühtlasi tuleb lugeda ebaõigeks Riigikohtu praktika, mille järgi tuleb ostjal müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse tõttu lepingust taganemiseks määrata müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendav tähtaeg ja oodata ära selle edutu möödumine. Selline Riigikohtu praktika on otseselt vastuolus seaduse selgesõnalise regulatsiooniga.¹²²⁶

Vaatamata VÕS § 223 ja § 116 lg 2 p 5 regulatsioonile ei saa autori hinnangul pidada õiguspoliitiliselt õnnestunuks lahendust, mis annab ostjale (võlausaldajale) õiguse taganeda lepingust ükskõik millise rikkumise täiendava tähtaja jooksul kõrvaldamata jätmisel. Selline tulemus ei ole mõistlik ega kooskõlas poolte huvide tasakaalustamise vajadusega, mistõttu tuleks autori hinnangul piirata võlausaldaja taganemisõigust juhuks, kui võlgniku rikkumine on vähese tähtsusega.¹²²⁷ Sellest tulenevalt pakub autor välja muuta VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:¹²²⁸

„teine lepingupool ei täida oma ükskõik millist kohustust käesoleva seaduse §-s 114 nimetatud täitmiseks antud täiendava tähtaja jooksul või teatab, et ta selle tähtaja jooksul kohustust ei täida. Lepingust ei või taganeda, kui rikkumine on vähetähtis.”

5.1.2.1.3 Taganemisavalduse tegemine ja selle vorm

Lepingust taganemiseks peab ostja esitama taganemisavalduse (VÕS § 188 lg 1). Seega ei kaasne müüja kohustuste olulise rikkumisega täitmissuhte lõppemine *ipso facto*, nagu nägi näiteks ette CISG-i eelkäijaks olnud EKG,¹²²⁹ vaid taganemise soovist tuleb ostjal müüjat eraldiseisvalt teavitada. EKG kontekstis põhjendati täitmissuhte automaatset lõppemist eelkõige argumendiga, et see aitab vältida ostja võimalikke kuritarvitusi ja spekulatsioone müüja arvel.¹²³⁰

Autori hinnangul tuleb VÕS-i lahendust, kus täitmissuhte lõpetamiseks tuleb võlausaldajal vastavasisuliselt tahe manifesteerida, lugeda õigustatuks. Sellisel

¹²²⁴ Vt RKTko 3-2-1-11-10, p 11 jj; VÕS § 223 kohaldamise problemaatika kohta vt ka Sein (2012), lk 719 jj; Kalamees (2010), lk 796 jj; Pavelts/Sein, p 155–156.

¹²²⁵ Sein (2012), lk 721; vt täpsemalt ptk 3.2.3.1.

¹²²⁶ Vt nt RKTko 3-2-1-80-10, p 12; RKTko 3-2-1-147-11, p 13; vt ka ptk 3.2.3; vrdl Kalamees (2010), lk 798; Sein (2012), lk 719.

¹²²⁷ Vt ka ptk 3.2.3, ptk 2.4 ja ptk 3.2.4; VÕS § 118 regulatsiooni kitsaskohtade osas vt ptk 4.4.3.3.5.

¹²²⁸ Vt sarnase *de lege ferenda* kohta VÕS § 223 kontekstis ptk 3.2.3.2.

¹²²⁹ Vrdl EKG art 25, 26, 30, 61 ja 62.

¹²³⁰ StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 1.

regulatsioonil on täitmissuhte automaatse lõppemise ees mitu olulist eelist: 1) esiteks tagab see võlausaldajale otsustusvabaduse, kas ta soovib täitmissuhtega jätkata (nt nõuda müügieseme üleandmist või puuduste kõrvaldamist) või lepingu lõpetada. Mitte alati ei ole võlausaldaja huvides täitmissuhtest vabaneda, iseäranis nt olukorras, kus oluline lepingurikkumine realiseerub täiendava tähtaja edutu möödumise teel (VÕS § 116 lg 2 p 5). Nii ei pruugi lepingu lõppemine üksnes võlgniku väheolulise või kõrvalkohustuse rikkumise tulemusena vastata võlausaldaja tegelikele huvidele. Samuti võib võlausaldajal lepingust taganemise asemel olla huvi alandada hinda või nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Seega tagab VÕS-i regulatsioon võlausaldajale õigustatult valikuvabaduse otsustada talle enim huvi pakkuva õiguskaitsevahendi kasuks; 2) teiseks välistab täitmissuhte taganemisavalduse teel lõppemine võimaluse, et võlgnik asub lepingust vabanemise eesmärgil võlausaldajaga manipuleerima, rikkudes lepingust vabanemise eesmärgil kohustusi teadlikult oluliselt, nt teavitades, et ta rikkumist ei kõrvalda (vrld VÕS § 116 lg 2 p 3 ja p 4). Asjaolude ja turusituatsiooni muutudes võib täitmissuhte lõpetamine olla võlgniku huvides; 3) kolmandaks, taganemisavalduse teel täitmissuhte lõpetamine tagab õigusselguse: sellisel juhul eksisteerib selgelt määratletav ajahetk, mille seisuga tuleb võlausaldaja taganemisõigust hinnata ja mis hetkest tekivad pooltele tagasitäitmissuhtest tulenevad õigused, kohustused ja ka vastutus. Õigusselgus on nii võlgniku kui ka võlausaldaja huvides, kuna alates sellest hetkest vabaneb võlgnik täitmiskohustusest, võlausaldaja ei ole aga edaspidi kohustatud võtma vastu võlgniku täitmise pakkumist ja tal on õigus minna üle asendustäitmisele.¹²³¹ Seevastu ainuüksi asendustehingu sõlmimine, olemata tegelikkuses lepingust taganemiseks õigustatud, võlausaldajale sellist dipsositsioonivabadust ei taga.¹²³²

Seadus ei sätesta taganemisavaldusele vorminõuet. Sellest tulenevalt on Riigikohus korduvalt märkinud, et ka notariaalse tõestamise vorminõuet eeldavast kinisasja müügilepingust taganemine ei pea toimuma notariaalses vormis.¹²³³ Riigikohus on oma tõlgenduses läinud veelgi kaugemale, leides, et kuna taganemisavaldust reguleeriv VÕS § 188 lg 1 ei näe taganemisavaldusele ette mis tahes vorminõuet, võib taganemisavaldus olla tehtud nii otsese kui ka kaudse tahteavalduse vormis, sh konkludentsetl.¹²³⁴ Sarnasele järeldusele on jõutud ka CISG-i kirjanduses, kus märgitakse, et taganemisavalduse hindamise juures on keskse tähendusega, et võlausaldaja käitumisest oleks üheselt järeldatav tema soov lepingust vabaneda (s.o lõpetada täitmissuhe). Viimane on aga eelkõige tõlgendamise küsimus.¹²³⁵ Täiendavalt on Riigikohus oma järjepidevas praktikas leidnud, et võlausaldaja poolt põhikohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõude esitamine tuleb lugeda järelenduslikuks

¹²³¹ Vt sarnase problemaatika kohta CISG-i kontekstis Schmidt-Ahrendts, S. 73–75.

¹²³² Vt ka ptk 5.2.3.2.1.

¹²³³ RKTko 3-2-1-138-10, p 21; RKTko 3-2-1-50-06, p 23; vrld ka RKTko 3-2-1-59-06, p 16; RKTko 3-2-1-29-06, p 20.

¹²³⁴ Vt RKTko 3-2-1-50-06, p 23; vrld ka RKTko 3-2-1-29-06, p 20; sama kehtib CISG-s, vt nt MüköCISG/Gruber, art 26, Rn 4.

¹²³⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Fountoulakis, art 26, Rn 10; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 29; Bamberg/Roth/CISG/Saenger, art 26, Rn 3.

lepingust taganemiseks.¹²³⁶ Sarnast tõlgendust on tunnustatud ka CISG-i kirjanduses võlausaldaja hinnavahe hüvitamise nõude kontekstis.¹²³⁷ Vajadus sellise tõlgenduse järele on tingitud peaaesjalikult tulenevalt sellest, et erinevalt BGB-st ja VÕS-st on lepingust taganemine CISG-i järgi ainus õiguskaitsevahend, mis tagab võlausaldajale vabanemise võlgniku täitmisega seotusest ja dispositioonivabaduse tekkimise.¹²³⁸ Teisisõnu, kui hinnavahe hüvitamise nõude esitamine ei oleks käsitletav konkludentse lepingust taganemisena, tuleks selline hinnavahe nõue jätta rahuldamata: lepingust taganemata hinnavahe hüvitamist CISG-i järgi nõuda ei saa (vt CISG art 74 ja 75). Sarnase tõlgenduse ülekandmist VÕS-i konteksti ei saa aga pidada õigustatuks.¹²³⁹

Autori hinnangul tuleks järeldusliku taganemisavalduse tõlgendamisel ja selle lubamisel olla ettevaatlik ning see võiks olla õigustatud üksnes erandlikel asjaoludel ja tingimusel, et võlausaldaja käitumisest on ka tegelikkuses üheselt järeldatav, et ta soovib täitmissuhte tervikuna lõpetada ja viia läbi restitutsiooni. Kohtute poolt lepingust taganemise tahte liiga kergekäeline (juurde)tõlgendamine võlausaldaja avaldustele riivab vahetult täitmissuhte jätkumisega seotud õigusselgust ja sellega seotud võlgniku õigustatud ootusi. Seetõttu tuleks autori hinnangul võlausaldaja käitumise konkludentseks taganemisavalduseks lugemisel olla konservatiivne.¹²⁴⁰ See on seda vajalikum, et majanduskäibe osalistelt ei saa mõistlikult eeldada konkludentset lepingust taganemise äratundmist olukorras, kus see pakub suuri raskusi ka professionaalsetele õigusnõustajatele ja kohtutele.¹²⁴¹

5.1.2.1.4 Lepingust taganemise tähtaeg

Ostja poolt lepingust taganemine eeldab, et täidetud on taganemise *materiaalsed ja formaalsed eeldused*: võlausaldajal peab olema õigus lepingust taganeda (oluline rikkumine), samuti peab võlausaldaja olema järginud taganemise formaalset korda.¹²⁴² Üks taganemise formaalne tingimus on, et taganemine peab olema aset leidnud seaduses sätestatud tähtaja jooksul.¹²⁴³ Nii sätestab VÕS § 118 lg 1, et võlausaldaja kaotab õiguse lepingust taganeda, kui ta ei tee taganemise avaldust mõistliku aja jooksul olulisest lepingurikkumisest teada saamisest (teada saama pidamisest) või rikkumise lõpetamiseks antud täiendava tähtaja edutust möödumisest.¹²⁴⁴ Kuna tegemist on õigust lõpetava tähtajaga,¹²⁴⁵ siis tähtaja möödumisel taganemisõigus

¹²³⁶ RKTKo 3-2-1-138-10, p 21; RKTKo 3-2-1-50-06, p 23; RKTKo 3-2-1-31-08, p 16.

¹²³⁷ Vt nt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 1; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 5; OLG Hamburg, CISG-online 261.

¹²³⁸ Vt täpsemalt ptk 5.2.3.1.1; vt ka Cleavinghaus, S. 118–126; Huber (1987), S. 214 ff.

¹²³⁹ Vt ptk 5.2.2.1.

¹²⁴⁰ Vt lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise piiritlemise kohta ptk 4.3.6.

¹²⁴¹ Vt selle kohta kriitiliselt Schmidt-Ahrendts, S. 76–77.

¹²⁴² RKTKo 3-2-1-57-11, p 28.

¹²⁴³ Vt ka ptk 4.4.3.3.5 ja ptk 2.6.1.

¹²⁴⁴ Vt RKTKo 3-2-1-157-12, p 16–17; RKTKo 3-2-1-165-09, p 10 jj.

¹²⁴⁵ RKTKo 3-2-1-165-09, p 10; VÕS Komm I/Kõve, § 118, lk 414; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 625.

lõpeb.¹²⁴⁶ Ühtlasi tähendab see, et kohtul tuleb kontrollida taganemisõiguse teostamise tähtaegsust VÕS § 118 lg 1 järgi omal algatusel (*ex officio*):¹²⁴⁷ kohus ei saa rahuldada nõuet või õigust, mida seadus ei tunnusta. Kohus kohaldab õigust omal algatusel ja sõltumata sellest, kas pooled on sellele tuginenud (TsMS § 436 lg 7)¹²⁴⁸.

Seadus ei sätesta, millist tähtaega saab taganemisel lugeda mõistlikuks, täpsustamata ühtlasi kriteeriume, mille järgi tuleks tähtaja mõistlikkust hinnata.¹²⁴⁹ Õiguskirjanduses leitakse, et tähtaja mõistlikkuse juures tuleb lähtuda VÕS §-s 7 sätestatud mõistlikkuse põhimõttest, samuti hinnata pooltevahelist lepingut, praktikat ja muid lepinguga seotud asjaolusid. Mõistlik aeg peaks sisaldama võimalust olulise rikkumise ja tähtaja möödumise piisavaks teadvustamiseks, alternatiivide otsimist asendustäitmise saavutamiseks, õigusnõustajaga konsulteerimist jms.¹²⁵⁰

Riigikohtu hinnangul tuleb tähtaja mõistlikkuse juures võtta arvesse lepingu liiki, kuid üldjuhul peaks see olema lühem kui kohustuse täitmise nõude aegumistähtaeg, v.a kui pooled vaidlevad nt täitmisenõude üle.¹²⁵¹ Tähtaja mõistlikkuse juures peab kohus kõiki asjas esile toodud asjaolusid arvestades hindama, millise aja jooksul võis samas olukorras olev isik mõistlikult eeldada, et lepingupool võib lepingust taganeda.¹²⁵² Mõistliku aja kestust mõjutab ka see, millises ulatuses on lepingut täidetud: mida olulisem on rikkumine, seda kauem peaks võlausaldajal selline õigus eksisteerima.¹²⁵³ Riigikohus on märkinud, et lepingust taganemise tähtaega ei saa määrata selle järgi, kui pikk on lepingu tühistamise tähtaeg,¹²⁵⁴ samuti võib lepingust taganemise aja pikenemise osas võtta analoogia korras arvesse nõude aegumise peatumise aluseid, nt pooltevahelist läbirääkimiste aega.¹²⁵⁵ Kui võlausaldajal on samadest asjaoludest tulenevalt õigus nii leping tühistada kui ka sellest taganeda, ei tohiks taganemistähtaeg olla reeglina tühistamistähtajast (s.o kuus kuud) lühem.¹²⁵⁶ Müüglepingu puhul tuleb lepingust taganemise tähtaega eristada müügieseme puudustele tuginemise õigusest VÕS § 220–221 järgi, s.o ka müüja kohustuste tahtlikul ja rasket hooletusest rikkumisel VÕS § 221 lg 1 p 1 järgi tuleb lepingust taganemise avaldus teha mõistliku aja jooksul.¹²⁵⁷

Üldiselt võib aga väita, et Riigikohtu praktika hindamaks, millist tähtaega saab lugeda taganemisel mõistlikuks, on **kõike muud kui selge ja ettenähtav**, mis aga riivab oluliselt õiguskindlust. Nii on Riigikohus leidnud, et kui kohustuse täitmine on võlgnikust tulenevalt võimatu, peaks mõistlik aeg taganemiseks olema pikem

¹²⁴⁶ VÕS Komm I/Kõve, lk 319, lk 413–414; Tuulmägi, lk 268; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 625.

¹²⁴⁷ RKTKo 3-2-1-99-12, p 11; RKTKo 3-2-1-172-15, 17; RKTKo 3-2-1-153-10, p 16; RKTKo 3-2-1-51-11, p 27.

¹²⁴⁸ Vt RKTKo 3-2-1-15-16, p 45.

¹²⁴⁹ Kriitiliselt ka Tuulmägi, lk 271.

¹²⁵⁰ VÕS Komm I/Kõve, § 118, lk 413; VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 623–625.

¹²⁵¹ RKTKo 3-2-1-165-09, p 10; RKTKo 3-2-1-157-12, p 16.

¹²⁵² RKTKo 3-2-1-157-12, p 16.

¹²⁵³ RKTKo 3-2-1-165-09, p 10.

¹²⁵⁴ RKTKo 3-2-1-157-12, p 16.

¹²⁵⁵ RKTKo 3-2-1-22-13, p 21.

¹²⁵⁶ RKTKo 3-2-1-43-15, p 13.

¹²⁵⁷ RKTKo 3-2-1-157-12, p 18.

ning see ei pruugi olla lühem kui täitmisenõude aegumistähtaeg. Seda põhjusel, et lepingu puhul, mille täitmine on lepingut rikkunud poole tõttu võimatu, ei saa kahjustatud pool esitada täitmisenõuet ja lepingut rikkunud pool ei saa arvata, et ta peaks lepingu täitma.¹²⁵⁸ Samas on Riigikohus *sama tsiviilasja* käsitlevas hilisemas lahendis eelnevaga vastuolus märkinud, et ebaõige on ringkonnakohtu järeldus, et lepingute puhul, mille täitmine on lepingut rikkunud poole tõttu võimatu, peaks olema taganemise mõistlik aeg pikem, sest kahjustatud pool ei saa esitada täitmisenõuet ja lepingut rikkunud pool ei saa arvata, et ta peaks lepingu täitma.¹²⁵⁹ Veelgi hilisemas lahendis on Riigikohus aga omakorda leidnud, et kui võlgniku kohustuse rikkumine seisneb mittetäitmises ja täitmine on võimatu, ei pruugi VÕS § 118 lg 1 järgne lepingust taganemise tähtaeg olla lühem taganemisõiguse absoluutset lõppu määravast täitmisenõude aegumisest (VÕS § 118 lg 2). Seejuures on Riigikohus õigustanud antud tõlgendust põhjendusega, et sellisel juhul on tegemist *jätkuva rikkumise olukorraga*. Tähelepanuväärne on aga, et üldine tsiviilõigusteooria ei tunne muu kui kestva lepingu rikkumisel sellist erilist rikkumise liiki nagu jätkuv rikkumine. Ka Riigikohtu otsusest ei selgu, millistel õigusteoreetilistel kaalutlustel ja seaduse sätete alusel sellise tõlgenduse ni on jõutud. Riigikohtu loogika järgi võiks iga kohustuse rikkumise, mida võlgnik aja jooksul ei kõrvalda, lugeda jätkuvaks rikkumiseks, mis ühtlasi annaks õiguse taganeda lepingust kuni täitmisenõude aegumiseni. Selline tulemus muudaks aga VÕS § 118 lg 1 selgesõnalise regulatsiooni sisutühjaks.¹²⁶⁰ Õiguskindlust ja õiguspärast ootust vähendab veelgi asjaolu, et Riigikohtu hinnangul on mõistliku tähtaja määratlemine kohtu n-õ diskretsiooniotsus.¹²⁶¹ Diskretsiooniotsuse vaidlustamise piirid ja võimalused on aga Riigikohtu hinnangul oluliselt piiratud.¹²⁶² See aga tähendab, et mõistliku tähtaja pikkuse määramine on suuresti maakohtu suvaotsustus, mille kõrgemas astmes vaidlustamise edukus on madala perspektiiviga.

Eeltoodu kinnitab veel kord, et VÕS § 118 lg 1 regulatsioon, mille järgi võib võlausaldaja ka võlgniku kohustuste *mittetäitmisel* taganeda lepingust üksnes mõistliku aja jooksul, tuleb lugeda ebaõnnestunuks.¹²⁶³ Ka viidatud Riigikohtu praktikast võib välja lugeda tõsist, kuid suuresti küsitavatel alustel põhinevat pingutust, lahendamaks VÕS § 118 lg 1 regulatsiooniga seotud raskused.

5.1.2.2 Asendustehingu tegemise aeg

5.1.2.2.1 Asendustehing enne lepingust taganemist

Teine ostja asendustehingust tuleneva hinnavahe hüvitamise nõude maksmapaneku eeldus on ostja poolt asendustehingu tegemine. Võlausaldaja (ostja) saab nõuda üksnes

¹²⁵⁸ RKTko 3-2-1-165-09 p 10, p 12.

¹²⁵⁹ RKTko 3-2-1-63-12, p 11.

¹²⁶⁰ VÕS § 118 lg 1 regulatsiooni ebaõnnestunud ülevõtmise kohta vt ptk 4.4.3.3.5.

¹²⁶¹ RKTko 3-2-1-157-12, p 16.

¹²⁶² Vrdl RKTko 3-2-1-119-14, p 19; RKTko 3-2-1-77-14, p 12; mittevaralise kahju puhul iseäranis RKTko 3-2-1-18-13, p 22.

¹²⁶³ Autori hinnangul on VÕS § 118 lg 1 regulatsioon osaliselt ebaõnnestunud ning vajaks muutmist. Vt täpsemalt ptk 4.4.3.3.5.

sellise asendustehingu ja esialgse tehingu hinnavahe hüvitamist, mille võlausaldaja on sõlminud mõistliku aja jooksul ja mõistlikul viisil *peale* lepingust taganemist (VÕS § 135 lg 1).¹²⁶⁴ Ühtlasi tuleneb sellest, et enne lepingust taganemist sõlmitud asendustehingu alusel võlausaldaja hinnavahe hüvitamist arvestada ei saa. Seda peamiselt kahel põhjusel. Esiteks näeb sellise nõude selgelt ette sätte sõnastus: „*Kui kahjustatud lepingupool tegi pärast lepingust taganemist ..*”. Seega ei jäta seaduse tekst ruumi tõlgenduseks, et nõude arvestamise alusena saaks lähtuda ka enne lepingust taganemist tehtud asendustehingust.¹²⁶⁵ Teine ja märksa sisulisem põhjendus on, et lepingust eelneva taganemise nõue on vahetult seotud *selle eesmärgiga* – kuna ostja poolt asendustehingule kantud kulude hüvitamise nõue sarnaneb müüja jaoks tagajärgedelt lepingust taganemisega (lõpevad müüja soorituskohustused ja seega õigus pakkuda täitmist), peaks ostjal olema õigus nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes juhul, kui tal on õigus ka lepingust taganeda.¹²⁶⁶ Seega on eelneva lepingust taganemise ülesanne vältida seda, et võlausaldaja saaks asendustehingu kulude nõude esitamise kaudu taganemisele ette nähtud kõrgendatud nõuetest mööda hiilida ja seeläbi tagaukse kaudu täitmissuhtest vabaneda.

Problemaatilisem on küsimus asendustehingust, mis on tehtud olukorras, kus ostjal on küll õigus lepingust taganeda, kuid ta ei ole teinud taganemiseks vajalikku avaldust. Küsitav on, kas sellisel juhul võiks loobuda lepingust eelneva taganemise nõudest. CISG-i käsitlevas kirjanduses ja kohtupraktikas märgitakse, et erandina võiks eelnevast taganemisavalduse tingimusest loobuda juhul, kui võlgnik on varasemalt selgelt ja lõplikult kohustuste täitmisest *keeldunud*.¹²⁶⁷ Peamise põhjendusena leitakse, et sellises olukorras on võlausaldaja poolt taganemisavalduse esitamine üksnes formaalsus ja võlgniku poolt sellisele vastuväitele tuginemine kujutab üldist *venire contra factum proprium* keelu põhimõtte rikkumist.¹²⁶⁸

Sellise tõlgenduse VÕS-i ülekandmine on siiski problemaatiline, kuna VÕS § 118 lg 1 järgi peab lepingust taganemine leidma aset mõistliku aja jooksul. Seega ei saa rääkida ka taganemisavalduse tegemisest kui pelgalt formaalsusest: kui võlausaldaja tähtaegselt lepingust ei tagane, loetakse taganemisõigus lõppenuks. Taganemisavalduse tegemine on oluline, kuna sellega manifesteerib ostja, et ta ei soovi täitmissuhtega jätkata. Taganemise tulemusena saabub õigusselgus: lõpeb müüja õigus täitmist pakkuda ja ostja õigus täitmist nõuda (VÕS § 188 lg 2). Kuna taganemisavalduse tegemine on üksnes ostja pädevuses ja müüja võimalused väärata ostja taganemisõiguse kasutamist on oluliselt piiratud, siis ei saa veenvaks lugeda põhjendust müüja vastuolulise käitumise keelust. Taganemisavalduse tegemise nõue ei

¹²⁶⁴ Sama CISG art 75 järgi, vt SoergelCISG/Dettmeier, art 75, Rn 4; BeckOK-CISG/Saenger, art 75 Rn 3; Brunner, art 75, Rn 3; Herber/Czerwenka, art 75, Rn 3; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 6; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 3.

¹²⁶⁵ Sarnaselt CISG-i osas vt SoergelCISG/Dettmeier, art 75, Rn 14.

¹²⁶⁶ Vt täpsemalt ka ptk 5.1.2.1.1.

¹²⁶⁷ StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 8, MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 5; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5; OLG Hamburg, CISG-online nr 261; vt ka Supreme Court of Poland CISG-online nr 1399; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 12.

¹²⁶⁸ Vt Schmidt-Ahrendts, S. 76–79; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 8; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 4; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5.

ole ka ostjat ebamõistlikult koormav, kuna taganemisavaldus on vormivaba, samuti puudub ostjal sisuliselt vajadus taganemisavaldust põhjendada.¹²⁶⁹ Võlausaldaja poolt asendustehingu sõlmimist ei saa aga samastada taganemisavalduse tegemisega ainuüksi seetõttu, et asendustehingu tegemise kohta võlgnikul reeglina teave puudub. Samuti võib asendustehingu tegemine seonduda ostja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisega,¹²⁷⁰ millel on aga lepingust taganemisega võrreldes märkimisväärselt erinevad tagajärjed.¹²⁷¹

Andes müüja täitmisest keeldumisele ostja taganemisavaldust asendava toime – mida CISG-i kirjanduses märgitud erandi tunnustamine sisuliselt tähendaks –, tooks see kaasa olukorra, kus müüja saab määrata täitmissuhte edasise saatuse, selle lõpetada ning manipuleerida seeläbi ostjaga. Selline tulemus oleks mitte üksnes ebamõistlik, vaid ka kokkusobimatu õiguskaitsevahendite kasutamise üldise loogikaga: otsustusõigus, millist õiguskaitsevahendit võlausaldaja soovib kasutada, peaks kuuluma võlausaldajale, mitte aga kohustusi oluliselt rikkunud võlgnikule.¹²⁷² Eelnevast tulenevalt ei saa autori hinnangul võlausaldaja (ostja) hinnavahe hüvitamise nõude arvestamisel lähtuda sellisest asendustehingust, mis on tehtud enne lepingust taganemist.¹²⁷³ Teistsugune tulemus oleks vastuolus VÕS § 135 lg 1 selgesõnalise regulatsiooni ning lepingust eelneva taganemise tingimuse eesmärgiga. Ostja ei peaks saama arvestada hinnavahe hüvitamist lähtuvalt tehingust, mis on tehtud enne täitmissuhte lõppemist ja ostjal dispositsioonivabaduse tekkimist. Samuti aitab lepingust eelneva taganemise nõue vältida võlausaldaja poolt turuhindadega spekulereimist ja sellega seotud kuritarvitusi.

Kuigi Riigikohus on korduvalt märkinud, et põhikohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamine on käsitletav järeldusliku lepingust taganemisena,¹²⁷⁴ ei ole Riigikohus siiani lahendanud küsimust, kuidas saab sellisel juhul kahju arvestamisel lähtuda asendustehingust, mis on tehtud *enne nn konkludentset lepingust taganemist* (s.o kahjunõude esitamist). Võttes arvesse, et lepingust taganemine realiseerub sellisel juhul alles kahjunõude kui konkludentse taganemisavalduse esitamisega,¹²⁷⁵ siis ei saa enne kahjunõude esitamist tehtud asendustehingut VÕS § 135 lg 1 järgi kahju arvestamisel aluseks võtta. Küll aga võib sellisel juhul tulla kõne alla võlausaldaja õigus arvestada kahju abstraktselt (VÕS § 135 lg 2).

¹²⁶⁹ Vt RKTko 3-2-1-43-15, p 11; sarnaselt tühistamisavalduse osas RKTko 3-2-1-108-09, p 9.

¹²⁷⁰ Vt ka ptk 4.3.6.

¹²⁷¹ Vt ptk 4.4–4.6.

¹²⁷² Vrdl RKTko 3-2-1-100-15, p 24; sarnaselt VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 101, lk 477–478; VÕS Komm I/Kõve, § 101, lk 321.

¹²⁷³ Sarnaselt CISG art 75 kontekstis SoergelCISG/Dettmeier, art 75, Rn 4; Schmidt-Ahrendts, S. 83 ff; Kröll/Gotanda, art 76, Rn 14; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5, Rn 7; teisiti StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 14.

¹²⁷⁴ RKTko 3-2-1-138-10, p 21; RKTko 3-2-1-50-06, p 23; RKTko 3-2-1-165-09, p 13; RKTko 3-2-1-31-08, p 16; RKTko 3-2-1-37-08, p 25; RKTko 3-2-1-45-08, p 18; RKTko 3-2-1-37-09, p 14; RKTko 3-2-1-138-10, p 21.

¹²⁷⁵ Vt Riigikohtu otsuse 3-2-1-42-12 p 10, kus Riigikohus on arutanud ostja võimalust tasaarvestada tema vastu suunatud ostuhinna tasumise nõue VÕS § 135 järgse kahju hüvitamise nõudega olukorras, kus võlausaldaja ise ei ole väitnud, et ta on lepingust taganenud, samuti on asendustehing tehtud enne põhikohustuse täitmise asemel kahjunõude esitamist.

5.1.2.2.2 Asendustehing mõistliku aja jooksul pärast lepingust taganemist

Mitte igasugune lepingust taganemise järgselt tehtud asendustehing ei anna ostjale õigust nõuda hinnavahe hüvitamist. Nii näeb VÕS § 135 lg 1 ette, et asendustehinguna kvalifitseerub üksnes tehing, mis on tehtud *mõistliku aja* jooksul pärast lepingust taganemist. Sellise regulatsiooni eesmärk on piirata ostja võimalust spekulatsioonide müüja arvel ja lõigata hinnamuutustest lubamatut kasu.¹²⁷⁶ Kuna lepingust taganemine jõustub müüja poolt taganemisavalduse kättesaamisest (TsÜS § 69, VÕS § 188 lg 1), siis hakkab ka asendustehingu tegemise mõistlik tähtaeg kulgema sellest hetkest.¹²⁷⁷ Seega ei oma tähendust lepingust taganemise õiguse tekkimine ja taganemisavalduse tegemise hetk, vaid täitmissuhte lõppemine, s.o taganemisavalduse kättesaamise moment.

Asendustehingu mõistliku aja jooksul tegemise kohustus ei tähenda, et ostja peab asendustehingu tegema koheselt või viivitamatult. See tuleneb kaalutlusest, et ostjale tuleb tagada võimalus välja selgitada turutingimused ja valida välja võimalikult soodne tehing.¹²⁷⁸ Viimane on otseselt ka müüja huvides, aidates piirata hüvitamisele kuuluva kahju ulatust. Nagu taganemisavalduse tegemiseks ette nähtud mõistlik aeg, sõltub ka asendustehingu tegemiseks ette nähtud mõistliku aja pikkus reeglina üksiku juhtumi asjaoludest: arvesse tuleks võtta lepingu olemust ja eesmärki ning võimalusel ka vastava tegevusala praktikat;¹²⁷⁹ samuti tuleks arvestada lepingu esemeks oleva kauba või teenuse iseloomu ja kättesaadavust (sh nt vajadust leida asendustäitja välismaalt), üldist turusituatsiooni (alapakkumine), vajadusel ka aastaegade või poliitilisest olukorrast tingitud erisusi (nt embargo või muud rahvusvahelised sanktsioonid ja piirangud). Kui asendustehingu esemeks oleval kaubal on börsi- või turuhind, peaks asendustehingu tegemiseks ette nähtud mõistlik aeg olema reeglina lühem.¹²⁸⁰ Õiguskirjanduses märgitakse, et kui asendustehingu tegemine on raskendatud, võib mõistlik tähtaeg ulatuda ka mitme kuuni.¹²⁸¹ Reeglina tuleks aga mitmekuulist tähtaega lugeda ebamõistlikuks.¹²⁸²

Asendustehing loetakse tehtuks, kui vastav leping on sõlmitud. Seega ei ole oluline, millal leiab aset asendustehingust tulenevate kohustuste vastastikune täitmine.¹²⁸³

¹²⁷⁶ Vt selle kohta CISG-s nt MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 12; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 18; Witz/Salger/Lorenz, art 75, Rn. 9.

¹²⁷⁷ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477; sarnaselt CISG art 75 järgi, vt MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 12; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 7; CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76, p 2.3.2; Ferrari/Saenger, art 76, Rn. 6.

¹²⁷⁸ Vt võrdlevalt CISG-i osas MüKoHGB/Huber, art 75, Rn 12; Hof Gent CISG-online nr 983.

¹²⁷⁹ Vt VÕS Komm I/Sein, § 135k 477; sarnaselt CISG-s CISG-AC, Opinion/Gotanda, art 75, 2.3.2; Achilles, art 75, Rn 3; Honsell/Schönle/Koller, art 75, Rn 21; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 18; Bamberger/Roth/CISG/Saenger, art 75, Rn 6; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 7.

¹²⁸⁰ Vt CISG-i osas Bamberger/Roth/CISG/Saenger, art 75, Rn 6; Kröll/Gotanda, art 76, Rn 19.

¹²⁸¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75 Rn 7; Sup. Ct. Queensland, CISG-online 587 (kaks kuud on mõistlik aeg); Schmidt-Ahrendts, S. 81; OLG Düsseldorf CISG-online 119.

¹²⁸² MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 12.

¹²⁸³ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476–477; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 2; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 13; Bianca/Bonell/Knapp, art 75, Anm 3.1.

Oluline on, et asendustehing peab olema sõlmitud kolmanda isikuga ostja nimel ja arvel ning asendustehingust peavad tulema pooltele siduvad kohustused. Ainuüksi ostja võimalus tehingut teha või kolmanda isiku pakkumine tehingu tegemiseks ei ole piisav: ostja peab suutma ära näidata tegelikult teostatud asendustehingu ja selle tingimused.¹²⁸⁴

VÕS § 135 lg 1 ei sätesta ostjale asendustehingu tegemise kohustust. Asendustehingu tegemine on ostja õigus ja võimalus arvestada juba tekkinud kahjusid lihtsustatud kujul ning konkreetselt. Õiguskirjanduses märgitakse aga, et erandlike asjaolude esinemisel võib asendustehingu tegemata jätmine tähendada ostja poolt kahju vähendamise kohustuse rikkumist, mistõttu võib kohus väljamõistmisele kuuluvat kahju piirata (vt VÕS § 139 lg 2).¹²⁸⁵ Seda näiteks juhul, kui ostjal on võimalus sõlmida asendustehing oluliselt alla turuhinna, kuid ta seda võimalust ei kasuta. Teiselt poolt tuleb aga arvestada, et mõistlikel tingimustel asendustehingu tegemine ei eelda, et ostja peaks rakendama ekstrapingutusi selleks, et välja selgitada üldistest turutingimustest oluliselt kasulikuma asendustehingu tegemise võimalus.¹²⁸⁶ Ka siin tuleks lähtuda mõistlikkuse põhimõttest, mis aga ei tähenda, et ostja võiks ilma igasuguse turuolukorra väljaselgitamiseta teha asendustehingu esimese pakkujaga.

5.1.2.3 Asendustehingu tingimused

Mitte igasugust tehingut ei saa lugeda asendustehinguks VÕS § 135 lg 1 tähenduses. Asendustehinguks kvalifitseerub üksnes selline tehing, mis lisaks sellele, et on sõlmitud mõistliku aja jooksu peale lepingust taganemisest, peab olema sõlmitud ka mõistlikul viisil ning suunatud *sama eesmärgi saavutamisele*, mida peeti silmas lepinguga, millest taganeti.¹²⁸⁷ Asendustehingu mõistlikul viisil tegemise kohustus tähendab, et see peab asjaoludest tulenevalt olema sõlmitud esialgse lepinguga võimalikult samaväärsetel ja sarnastel tingimustel. See ei tähenda aga, et asendustehingu tingimused peaksid olema algse lepinguga identsed. Pigem on oluline, et asendustehing oleks tehtud taganetud lepingu asendamiseks ja et asendustehinguga saavutatu saaks lugeda mõistlikuks asenduseks.¹²⁸⁸ Üldiselt ei ole müügieseme identne asendamine oluline, liiatigi võib identne asendamine osutada sageli võimatuks (nt individuaaltunnustega müügieseme korral). Seega tuleks asendustehingu mõistlikkuse hindamisel lähtuda kriteeriumist, kas ostja on asjaoludest tulenevalt tegutsenud mõistlikult ja hoolsalt, saavutamaks parimatel tingimustel asendustehingu tegemine.¹²⁸⁹ Kui kaubal on turuhind, tuleks see ühtlasi lugeda üheks asendustehingu mõistlikkuse kriteeriumiks, st asendustehingu hinda tuleks võrrelda kauba turuhinnaga asendustehingu sõlmimise hetkel.¹²⁹⁰ Sellest tuleneb ühtlasi, et kui ostja teeb asendustehingu turutingimustel,

¹²⁸⁴ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 5, vt ka Enderlein/Maskow/Strohbach, art 75, Anm 4.

¹²⁸⁵ Vt VÕS Komm I/Sein, lk 476, samuti RKTko 3-2-1-5-13, p 36–38.

¹²⁸⁶ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 8; vt ka StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 4; samuti Schlechtriem (2006), S. 394 ff.

¹²⁸⁷ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹²⁸⁸ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹²⁸⁹ Vrdl Herber/Czerwenka, art 75, Rn 4; CISG MüKoHGB/Mankowski, art, 75 Rn 9.

¹²⁹⁰ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 9.

ei saa müüja reeglina esitada vastuväidet, et ostja ei ole teinud asendustehingut parimal viisil ega võtnud piisavalt arvesse müüja huve ja täitnud kahju vähendamise kohustust.¹²⁹¹

Eeltoodu ei tähenda, et mõisliku asendustehinguga on käsitletav üksnes tehing, mille aluseks on parim hind. Sõltuvalt konkreetse tehingu ja üksiku juhtumi asjaoludest võib mõistlikuks pidada ka keskmist turuhinda ületavat asendustehingut niivõrd, kui see jääb üldiste turutingimuste raamidesse.¹²⁹² Ostja ei pea valima kõige odavamat asendustehingut, kuna lisaks ostuhinnale võib oluliseks osutuda, et müüja oleks usaldusväärne, maksejõuline, tema kaubad oleksid usaldusväärse kvaliteediga jms. S.o ostja ei pea riskima kõige odavama asendustehingu pakkujaga kaasnevate võimalike komplikatsioonidega.¹²⁹³ Kui ostja sõlmitud asendustehing ei mahu mõistlike turutingimuste piiridesse, rikub ta reeglina üldist kahju vähendamise kohustust VÕS § 139 lg 2 järgi, mistõttu võib väljamõistetak kahju kuuluda vähendamisele.¹²⁹⁴ Kuna sellisel juhul ei saa reeglina rääkida ka mõistiku asendustehingu tegemisest VÕS § 135 lg 1 tähenduses, siis ei peaks sellise asendustehingu alusel hinnavahe hüvitise arvestamine olema lubatud.¹²⁹⁵

Kui asendustehing ei vasta VÕS § 135 lg 1 tingimustele, s.o see ei ole tehtud kas mõistliku aja jooksul peale lepingust taganemist või mõistlikul viisil ja tingimustel, ei saa ostja sellise asendustehingu alusel kahju arvestada.¹²⁹⁶ See aga ei piira reeglina ostja õigust arvestada kahju abstraktselt (VÕS § 135 lg 2), samuti võib ostjal olla õigus arvestada hinnavahe hüvitist kahju üldsätete järgi.¹²⁹⁷ Sama kehtib ka juhul, kui ostja sõlmib majandus- või kutsetegevuse raames pidevalt sarnaseid tehinguid ja ei ole võimalik kindlaks teha, milline ostja järgnevatest tehingutest on käsitletav asendustehinguna lepingule, millest taganeti.¹²⁹⁸

5.1.2.4 Tagajärjed

Asendustehingujärgse hinnavahe nõude esitamise keskne tagajärg on ostja õigus nõuda müüjalt kahjuhüvitisena esialgse lepingu hinna ja asendustehingust tuleneva hinna vahe hüvitamist.¹²⁹⁹ Kuna VÕS § 135 lg 1 järgne hinnavahe hüvitise nõue eeldab konkreetse asendustehingu tegemist, saab ostja arvestada kahju üksnes lähtuvalt tegelikult tehtud asendustehingust.¹³⁰⁰ Kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel piiritlemise kontekstis tuleks asendustehingul põhinev kahju lugeda kahjuks täitmise

¹²⁹¹ Vt SoergelCISG/Dettmeier, art 75, Rn 5.

¹²⁹² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 6; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 9; vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹²⁹³ Vrdl VÕS Komm I/Sein, § 132, lk 467–468.

¹²⁹⁴ Vt ostja kahju vähendamise kohustuse ja asendustehingu tingimuste kohta põhjalikult Schlechtriem (2006), S. 400 ff.

¹²⁹⁵ Vrdl RKTko 3-2-1-5-13, p 37.

¹²⁹⁶ Vrdl RKTko 3-2-1-5-13, p 37.

¹²⁹⁷ Vt selle kohta ptk 5.2.

¹²⁹⁸ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476.

¹²⁹⁹ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹³⁰⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 1.

asemel, kuivõrd asendustehingul põhineva hüvitise sisu on ostja loobumine müüja täitmisest.¹³⁰¹

Asendustehingust tulenevast kahjust tuleb eristada saamata jäänud tulu, mis ei kuulu VÕS § 135 lg 1 esemesse. Nii ei ole asendustehingust tuleneva kahjuna käsitletav kasu, mis ostjal jäi teenimata kauba edasimüügist kolmandale isikule.¹³⁰² Samuti ei saa ostja asendustehingu hinnavahe hüvitamise sätete alusel nõuda selliste kulude hüvitamist, mis ostja on kandnud müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse kõrvaldamiseks oma vahenditest¹³⁰³ või mille müüja on seetõttu kokku hoidnud. Kui asendustehingu hind on esialgsest tehingust soodsam, nt turuhindade languse korral, siis puudub ostjal asendustehingu järgne hinnavahe nõue, kuna asendustehingule kantud lisakulu ostjal ei teki. See aga ei tähenda, et ostja peaks soodsama tehinguga säästetu müüjale välja andma.¹³⁰⁴

Õiguskirjanduses märgitakse, et kuna asendustehingu tegemise võimalus ja vajadus peaks olema müüja jaoks lepingus sõlmimisel alati ettenähtav, ei tohiks kahju piiramine tulenevalt kahju ettenähtavuse põhimõttest reeglina kõne alla tulla.¹³⁰⁵ Samuti tuleb asendustehingu hinnavahe kahju lugeda hõlmatuks rikutud kohustuse kaitse-eesmärgiga, kuna ostja jaoks on tegemist müüja kohustuste täitmata jätmisest tingitud keskse ja kõige tüüpilisema negatiivse tagajärjega.¹³⁰⁶ Müüja huvid ostja ebamõistlikult ulatusliku hüvitisnõude eest on kaitstud aga seeläbi, et hüvitise arvestamise aluseks olev asendustehing peab olema sõlmitud mõistlikul viisil (tingimustel) ja mõistliku aja jooksul peale lepingust taganemist. Kui asendustehing sellistele tingimustele ei vasta, ei saa rääkida ostja poolt asendustehingu tegemisest VÕS § 135 lg 1 tähenduses.¹³⁰⁷ Ebamõistlikel tingimustel ja viisil teostatud asendustehingu korral rikub ostja mh üldist VÕS § 139 lg 2 järgset kahju vähendamise kohustust, mistõttu saab müüja sellises ulatuses taotleda kahjuhüvitise vähendamist.¹³⁰⁸

Õiguskirjanduses nimetatakse asendustehingu järgset hinnavahe hüvitise nõuet ka miinimumkahjuks, millele ostjal on igal juhul õigus.¹³⁰⁹ Miinimumkahju põhimõte tähendab, et lisaks hinnavahe hüvitamisele võib ostja nõuda ka talle müüja kohustuste

¹³⁰¹ Vrdl StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 14; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 14.

¹³⁰² Vt Schmidt-Ahrendts, S. 46 ff, S. 91–92. Vrdl ka RKTko 3-2-1-179-15, p 25 jj.

¹³⁰³ Vrdl CISG art 76, nt MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 3.

¹³⁰⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 9; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 17; Schmidt-Ahrendts, S. 92; vt ka StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 19.

¹³⁰⁵ Vt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478; võrdlevalt vt StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 1, art 76, Rn 1; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 1, Rn 8; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 1, Rn 16, art 76, Rn 11; küsimus on siiski suuresti teoreetiline, kuna kahju ettenähtavusega silmas peetud võlgniku kaitse on tagatud läbi võlausaldaja kohustuse teha asendustehing mõistlikel tingimustel, sarnaselt MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 16; vt ka Huber (2005), S. 437 ff.

¹³⁰⁶ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 444; RKTko 3-2-1-106-11, p 10; vt ka RKTko 3-2-1-137-05, p 12; vt ka ptk 2.5.2.

¹³⁰⁷ Ebamõistlikel tingimustel ja viisil teostatud asendustehingu korral rikub ostja üldist VÕS § 139 lg 2 järgset kahju vähendamise kohustust, mistõttu saab müüja sellisel juhul taotleda kahjuhüvitise vastavas ulatuses vähendamist. Vrdl VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476–477.

¹³⁰⁸ Vrdl VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476–477.

¹³⁰⁹ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478; CISG-i kohta vt Witz/Salger/Lorenz, art 75, Rn 10; Schmidt-Ahrendts, S. 92.

rikkumise tõttu tekkinud muu kahju hüvitamist (VÕS § 135 lg 3). Sellise muu kahju hüvitamist saab ostja nõuda üksnes kahju hüvitamise üldsätte järgi, tõendades iga konkreetselt talle tekkinud kahju, arvestades kahju ettenähtavuse põhimõtet (VÕS § 127 lg 3) ja rikutud kohustuse kaitse-eesmärgi (VÕS § 127 lg 2).¹³¹⁰ Mh tähendab see, et sellise muu kahju arvestamisele ei laiene VÕS § 135 lg 1 järgne nõude maksmapaneku lihtsustatud tõendamiskoormis. Üldiselt tuleb sellist ostja täiendavat nõudeõigust pidada õigustatuks, kuna reeglina ei kata hinnavahe hüvitamine kaugeltki ostja kõiki kahjusid.¹³¹¹ Nii on ka Riigikohus kinnitanud, et VÕS § 135 lg 1 ja lg 2 näol ei ole tegemist kahju hüvitamist piirava sättega¹³¹² ja lisaks hinnavahe hüvitamisele võib ostja nõuda nt ka sellise kahju hüvitamist, mis talle on tekkinud perioodil pärast lepingu lõppemist ja enne asendustehingu tegemist.¹³¹³ Ostjale õiguse nõuda ka muu tekitatud kahju hüvitamist andva regulatsiooni eesmärk on tagada ostja kõigi kahjude kompenseerimine ja seeläbi täitmishuvi täielik rahuldamine.¹³¹⁴

Õiguskirjanduses märgitakse, et asendustehingu hinnavahe hüvitamise nõude kõrval on tüüpilisteks muudeks hüvitamisele kuuluvateks kahjudeks müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse ja kahju kindlakstegemisele kantud kulud, hoiu- ja säilitamiskulud ning kauba tagasisaatmise kulud, samuti kuuluvad hüvitamisele asendustehingu tegemisele kantud tavapärased ja mõistlikud maakleritasud või transpordikulud.¹³¹⁵ Tegemist on üksnes näitliku loeteluga hüvitamisele kuuluvatest kahjust. Muude kahjude hüvitatavust tuleks tunnustada ulatuses, milles see on kooskõlas kahju hüvitamise üldpõhimõtetega (vrld VÕS § 127 lg 2 ja 3). Kirjanduses puudub üksmeel, kas hinnavahe hüvitamise nõude kõrval võib ostja nõuda täiendavalt ka saamata jäänud tulu hüvitamist.¹³¹⁶ VÕS § 135 kontekstis sellist küsimust autori hinnangul siiski ei tõusetu, kuna regulatsiooni eesmärk ei ole piirata saamata jäänud tulu nõudmise õigust.¹³¹⁷ St asendustehingujärgse hinnavahe hüvitamise regulatsiooni ülesanne on üksnes lihtsustada ostja jaoks miinimumkahju maksmapanekut.¹³¹⁸ Iga sugused kahtlused saamata jäänud tulu hüvitatavusest peaks kõrvaldama VÕS § 135 lg 3, mis sätestab selgesõnaliselt, et hinnavahe hüvitamise regulatsioon ei piira hinnavahet ületava kahju esitamise õigust, tegemata seejuures erandit saamata jäänud tulu nõudele. Seega tuleks tunnustada ostja õigust ka saamata jäänud tulule.¹³¹⁹ Selline tulemus vastab ka kahju hüvitamise üldisele eesmärgile, s.o asetada ostja varaliselt

¹³¹⁰ Vt täpsemalt ka ptk 2.5.2; põhjalikult Sein (2007), ptk 2, ptk 3 ja ptk 5.

¹³¹¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 11; Witz/Salger/Lorenz, art 75, Rn 12.

¹³¹² RKTKo 3-2-1-5-13, p 37; vt CISG-s sarnaselt MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 1.

¹³¹³ RKTKo 3-2-1-5-13, p 37.

¹³¹⁴ Vrld Kröll/Gotanda, art 75, Rn 24. Vt ka RKTKo 3-2-1-179-15, p 27 jj.

¹³¹⁵ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 16; Herber/Czerwenka, art 75, Rn 5; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 21.

¹³¹⁶ Vt selle kohta CISG-i kontekstis põhjalikult Schmidt-Ahrendts, S. 97–99.

¹³¹⁷ Vrld RKTKo 3-2-1-179-15, p 27 jj.

¹³¹⁸ Vrld RKTKo 3-2-1-179-15, p 27, milles Riigikohus märkis järgmist: „Samas ei ole VÕS § 135 lg 2 iseenesest nõude alus. VÕS § 127 lg 1 järgi on kahju hüvitamise eesmärk kahjustatud isiku asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud.“ Vt ka viidatud lahendi p 29.

¹³¹⁹ Sarnaselt CISG-i järgi Bamberger/Roth/CISG/Saenger, art 75, Rn 7; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 20; Ferrari/Saenger, art 75, Rn 7.

positsiooni, milles ta oleks olnud müüja poolt kohustuste kohasel täitmisel (VÕS § 127 lg 1). Mis aga kõige olulisem, asendustehingu hinnavahe hüvitise ja saamata jäänud tulu näol ei ole ka olemuslikult tegu sama kahjuga ja need kaitsevad ostja erinevaid huve. Kui asendustehingujärgse hüvitise ülesanne on tagada ostjale algselt kokkulepitud kauba täiendavate kuludeta omandamine – sellest ka nimetus hinnavahe hüvitamise nõue –, siis saamata jäänud tulu hüvitamise eesmärk on võimaldada ostjale tehinguga seotud selliste kasude ja eeliste hüvitamine, mida ostja oleks saanud müügieseme edasi võõrandamisest või müügiesemest muul viisil kasu genereerides.

Näide: autoremonditöökoda pidav O ostab M-lt kolm rehvivahetuspinki hinnaga 10 000 EUR, et eesootaval rehvivahetushooajal kõva kasumit teenida. M lubab tarnida seadmed 15.10. Kuna M tähtaegselt kohustusi ei täida, määrab O talle rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja pikkusega 20 päeva. Selle edutul möödumisel taganeb O lepingust, soetades seadmed M2-lt hinnaga 12 000 EUR. Asendustäitmine tehakse 25.11. Kuna selleks ajaks on rehvivahetushooaja kõrglaine juba möödunud, jääb O osaliselt ilma seadmete käitlemisest oodatud kasust (5000 EUR). Kuna M oli lepingu sõlmimisel teadlik O plaanidest (VÕS § 127 lg 2 ja lg 3), tuleb tal hüvitada O-le nii asendustehingu hinnavahe 2000 EUR kui ka saamata jäänud tulu 5000 EUR. Selline tulemus asetab ühtlasi O varalisse positsiooni, milles ta oleks olnud M-i poolt kohustuste kohasel täitmisel: O oleks omandanud seadmed 10 000 EUR eest, samuti oleks ta saanud teenida seadmeid käitades kasu 5000 EUR.

Eeltoodud näide kinnitab, et hinnavahe hüvitamise ja saamata jäänud tulu nõue kaitsevad võlausaldaja erinevaid huve. Ühtlasi tähendab see, et reeglina saamata jäänud tulu nõude lubamisel ei eksisteeri ka võlgniku poolt kahju topelt hüvitamise riski. Oluline on rõhutada, et saamata jäänud tulu saab ostja reeglina nõuda üksnes kuni asendustehingu tegemiseni, misjärel peaks ostjale olema tagatud võimalus teenida tulu asendustäitmisena saadud müügieseme arvelt.¹³²⁰ Piltlikult, saanud M2-lt seadmed 25.11, saab O nõuda M-lt saamata jäänud tulu üksnes perioodi eest 15.10 kuni 25.11, misjärel saab O asuda tulu teenima asendustäitmisena soetatud seadmeid käitades.

5.1.3 Hinnavahe hüvitamise nõude arvestamine VÕS § 135 lg 2 järgi

5.1.3.1 Nõude esitamise eeldused

Ostja õigus arvestada hinnavahe hüvitist abstraktselt põhineb üldisel eeldusel, et ostjal on õigus ja võimalus teha konkreetne asendustehing turuhinnaga ning ainuüksi asendustehingu tegemata jätmine ei peaks asetama müüjat paremasse olukorda ega vabastama teda kahju hüvitamise kohustusest.¹³²¹ VÕS-i regulatsiooni eeskujusäteteks saab pidada CISG art 76, PECL art 9:507 ja PICC art 7.4.6.¹³²² Sarnaselt konkreettsel asendustehingul põhineva hinnavahenõudega eeldab ka VÕS § 135 lg 2 järgi

¹³²⁰ Vrdl RKTko 3-2-1-179, p 21; RKTko 3-2-1-5-13, p 36.

¹³²¹ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477; sarnaselt CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 1; vt ka StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 6; vt sarnaselt ka Saksa õiguses, MüKo 7/Ernst, vor § 281, Rn 25–26. Vt ka ptk 5.1.1.

¹³²² VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476.

arvestatav ostja abstraktne hinnavahe hüvitis, et täidetud oleksid kahju hüvitamise nõude maksmapaneku üldised eeldused ja et müüjal oleks tekkinud kahju hüvitamise kohustus.¹³²³ Sellise ostja hinnavahe nõude spetsiifilised tingimused, millele keskendub ka järgnev analüüs, on järgmised:

1. ostja on kehtivalt lepingust taganenud;
2. lepingujärgse kohustuse esemel eksisteerib lepingu täitmise kohas või muus mõistlikult aluseks võetavas kohas turuhind.

Ostja võimalus arvestada kahju abstraktselt omab kesket tähendust eelkõige juhtudel, kus konkreetse asendustehingul põhineva hinnavahe nõude maksmapanek VÕS § 135 lg 1 järgi on mingil põhjusel välistatud, nt ei ole ostja asendustehingut teinud, ostja teeb pidevalt sarnaseid tehinguid, mistõttu konkreetset asendustehingut ei ole võimalik tuvastada, või ei vasta asendustehing VÕS § 135 lg 1 tingimustele,¹³²⁴ samuti kui esinevad olulised raskused kahju tõendamisel regulatsiooni üldsätete järgi.¹³²⁵ Hinnavahe abstraktselt arvestamine võib ostja jaoks olla kasulik ja ahvatlev ka olukorras, kus ta ei soovi müüjale avaldada talle tegelikult tekkinud kahju ja arvestamise aluseks olevaid asjaolusid ning kalkulatsioone, sh nt tehinguga seotud kasumimarginaali.¹³²⁶ Konkreetset ja abstraktselt arvestatava hinnavahe hüvitise omavahelise konkurentsi kohta vt ptk 5.1.4.

Eelneva lepingust taganemise nõude abstraktse hinnavahe hüvitise eeldusena näevad ette nii CISG art 76, PECL art 9:507 kui ka PICC art 7.4.6. Seega langevad nii konkreetset kui ka abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise nõude lähtepunkt kokku. Seejuures on ka kaalutlused ja aspektid, mis seonduvad lepingust taganemise tingimuse eesmärgi, taganemise eelduste ja taganemise maksmapanekuga, suuresti kattuvad konkreetse asendustehingul põhineva hinnavahe hüvitise nõudega, mistõttu saab lepingust taganemisega seotud aspektide osas *mutatis mutandis* lähtuda ptk-s 5.1.2.1 analüüsist.¹³²⁷

Konkreetset ja abstraktselt arvestatava hinnavahe hüvitise nõude peamine erinervis ongi, et VÕS § 135 lg 2 järgi arvestatav abstraktne hüvitis ei eelda, et ostja oleks teinud konkreetse asendustehingu, st asendustehingu sõlmimine ei oma nõude maksmapaneku juures tähendust. Seega ei laiene ostja abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise nõudele ka ptk-des 5.1.2.2 ja 5.1.2.3 käsitletu. Ostja õiguse osas nõuda

¹³²³ Vrdl VÕS Komm I/Sein, lk 437, lk 476; vt kahju hüvitamise nõude maksmapaneku eelduste kohta üldiselt RKTko 3-2-1-5-12, p 27; RKTko 3-2-1-173-12, p 15; RKTko 3-2-1-129-13, p 22; RKTko 3-2-1-179, p 25 jj.

¹³²⁴ Vrdl RKTko 3-2-1-5-13, p 37; sarnaselt CISG-s, vt nt MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 16; MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 12; vt CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76, p 4.1.4; Kröll/Gotanda, art 76, Rn 14; samas vt RKTk 3-2-1-128-13 p 12, milles Riigikohus on pidanud võimalikuks kahjuhüvitise vastavat vähendamist.

¹³²⁵ Vt VÕS § 127 järgi hinnavahe hüvitise arvestamise kohta ptk 5.2.

¹³²⁶ MüKoHGB/Mankowski, art § 76, Rn 1

¹³²⁷ Vt ptk 5.1.2.1.1 Lepingust taganemise eelduse eesmärk; ptk 5.1.2.1.2 Ostja õigus lepingust taganeda; ptk 5.1.2.1.3 Taganemisavalduse tegemine ja selle vorm; ptk 5.1.2.1.4 Lepingust taganemise tähtaeg.

muu kahju kui hinnavahe seisneva kahju hüvitamist saab aga suuresti lähtuda ptk-s 5.1.2.4 analüüsist.

5.1.3.2 Hüvitise arvestamine

Lisaks sellele, et ostja peab nõude esitamiseks olema lepingust taganenud, eeldab abstraktne hinnavahe hüvitise nõue, et müügiesemel eksisteerib lepingu täitmise kohas või muus mõistlikult aluseks võetavas kohas turuhind.¹³²⁸ Turuhinnast lähtumine põhineb ideel, et turuhinna olemasolul on ostjal alati võimalik teha turuhinna alusel konkreetne asendustehing ja arvestada kahjusid asendustehingu põhisel. Seega on abstraktse hinnavahe hüvitamise eesmärgiks seada ostja majanduslikult olukorda, milles ta oleks olnud, kui ta oleks hüpoteetilise asendustehingu sõlminud.¹³²⁹ Teisisõnu, üksnes asendustehingu sõlmimata jätmine ei tohiks vabastada müüjat rikkumisega seotud vastutusest ja piirata ostja õigust tehingust oodatud kasule. Turuhinna olemasolu ja selle tõendamine kuulub võlausaldaja tõendamiskoormisse.¹³³⁰

Turuhind, mille alusel ostja hüvitis määratakse, on müügieseme harilik väärtus ehk selle kohalik keskmine müügihind (TsÜS § 65).¹³³¹ Kuna müügieseme osas võib samaaegselt eksisteerida erinevaid turge ühes oluliselt erinevate turuhindadega,¹³³² näeb seadus ette, et turuhinna kindlaksmääramisel tuleb lähtuda lepingu täitmise koha turuhinnast. Kui kaubal on börsihind või on kaupa võimalik soetada muust avalikult ligipääsetavast kauplemisskeskkonnast, saab turuhinna määramisel lähtuda sellest. Minimaalselt tuleks seda võtta arvesse orientiirina.¹³³³ Üldiselt leitakse siiski, et turuhind ei pea olema ametlikult määratud ja turuhinda on võimalik kindlaks teha ka noteerimata kaupade puhul.¹³³⁴

Kuna turuhinda tuleb arvestada eelkõige lepingu täitmise koha järgi, on täitmise koha määratlemine olulise tähendusega. VÕS § 85 lg 1 järgi peab võlgnik täitma kohustuse lepingu või seadusega kindlaks määratud kohas.¹³³⁵ Ostja poolt nõude esitamisel tuleb seega lähtuda müüja kohustuste täitmise kohast, milleks tuleks reeglina lugeda müügieseme üleandmise kohustuse täitmise koht VÕS § 209 järgi.¹³³⁶ CISG-i kirjanduses märgitakse, et piiriüleste tehingute puhul tuleks juhul, kui müüja

¹³²⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 4.

¹³²⁹ Vt Schmidt-Ahrendts, S. 111–112.

¹³³⁰ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹³³¹ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477; sarnaselt CISG-s, vt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 4, vt ka; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 13; Witz/Salger/Lorenz, art 76, Rn 3, Rn 9; Achilles, art 76, Rn. 3.

¹³³² CISG-i osas vt MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 7.

¹³³³ MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 4; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 13; Enderlein/Maskow/Strohbach, art 76, Anm. 2.

¹³³⁴ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 4 77; Tallinna Ringkonnakohtu otsus CISG-online nr 826; sarnaselt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 4; CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76, p 4.3.1; Kröll/Gotanda, art 76, Rn 11.

¹³³⁵ Vt täpsemalt VÕS Komm I/Varul, § 85 kommentaare.

¹³³⁶ Sarnaselt CISG-i kontekstis vt CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76, p 4.5.1; Honnold/Flechtner, art 75–76, Rn 413; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 18; MüKoCISG/Huber, art 76, Rn. 7; MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 7.

üleandmiskohustus seisneb saatekohustuses, lähtuda hüvitise arvestamisel erandina kauba sihtpunkti järgsest turuhinnast, mitte aga saatekohustuse täitmise turuhinnast, s.o kauba vedajale üleandmise kohast. Sellist tõlgendust tuleks eelistada põhjusel, et (hüpoteetiliselt) teostatava asendustehingu puhul sõlmib ostja asendustehingu reeglina kauba sihtkohas, mistõttu tuleb tal lähtuda ka sihtkoha turuhindadest.¹³³⁷ VÕS-i kohaldamisel selliseid komplikatsioone reeglina siiski ei teki, kuna see laieneb peamiselt riigisisestele tehingutele, kus saate- ja sihtpunkti järgne turuhind ei erine kas üldse või on kaup turuhindade olulisel erinemisel reeglina suuremate probleemideta sihtpunkti transporditav.

Lisaks lepingu täitmise koha turuhinnale on ostjal õigus arvestada hinnavahe hüvitist ka lähtuvalt muust mõistlikult aluseks võetava koha turuhinnast (VÕS § 135 lg 2). Selline muu arvestuse aluseks võetav mõistlik koht peaks olema eelkõige selline, mis, arvestades müügieseme transpordikuluseid, võimaldaks asendustehingu sõlmimist sarnastel tingimustel ja kahjustaks müüjat vähimal määral.¹³³⁸ Üksikjuhtumil võib lähtuda ka rahvusvahelistest turutingimustest (turuhinnast), kui see on asjaoludest tulenevalt mõistlik ja õigustatud.¹³³⁹ Üldiselt peaks võimalus arvestada müügieseme turuhinda muu kui lepingu täitmise koha järgi tulema reeglina kõne alla üksnes juhul, kui lepingu täitmise kohas kas turuhind puudub või on selle tõendamine seotud ebamõistlike kulutuste ja raskustega. See tähendab, et täitmiskoha turuhinnal peaks olema prioriteet muu mõistliku koha turuhinna ees. Sarnase põhimõtte näeb ette ka VÕS § 135 lg 2 eeskujusätteks olnud CISG art 76 lg 2. Mh tuleneb eeltoodust, et kui ostja arvestab kahju muu kui kohustuse täitmise koha turuhinna järgi, võib müüja esitada nõudele vastuväite, et kohalik turuhind on madalam, mistõttu ei kuulu kahju vastavas osas hüvitamisele (VÕS § 139 lg 2).

Turuhinna määramisel ei ole oluline mitte üksnes selle määramise koht, vaid ka turuhinna määramise aeg, kuna sellest võib oleneda kahjuhüvitise ulatus. Eriti oluline on kahjuhüvitise arvestamise hetk volatiilsete turgudega kaupade, nagu kütuse, tooraine, loodusvarade ja aktsiaturgude, aga ka hooajakaupade puhul. Volatiilsetel turgudel tuleb sageli ette olulisi hinnakõikumisi ka lühiajaliselt, mis soodustab müüja arvel turukõikumistega spekulereimist. Kõikuvate hindade korral on ostja tüüpiliselt huvitatud arvestama kahju ajahetkel, mil lepingus kokkulepitud ostuhinna ja turuhinna vahe on maksimaalne, vastandudes müüja huvile arvestada kahju minimaalses hinnavahe punktis või oodata ära turuhindade langemine, mille tulemusena ei pruugi ostjale kahju tekkidagi.

VÕS § 135 lg 2 järgi tuleb nõude ulatuse kindlaksmääramisel lähtuda lepingust taganemise ajast¹³⁴⁰ ja ostja saab nõuda lepingujärgse hinna ning *lepingust taganemise*

¹³³⁷ Audit, Rn 178; Schmidt-Ahrendts, S. 112; vt ka Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 8; Schlechtriem/Schwenzer(2005)/Stoll/Gruber, art 76, Rn. 9.

¹³³⁸ Vt selle kohta CISG-s nt CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76; Kröll/Gotanda, art, 76, Rn 22; MüKoCISG/Huber, Art 76, Rn 8; Honsell/Schöne/Koller, art 76, Rn 23; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 19.

¹³³⁹ Vt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 9.

¹³⁴⁰ Seaduse tekst: „*Kui kahjustatud lepingupool taganes lepingust, võib ta kahjuhüvitisena nõuda lepingujärgse hinna ning lepingust taganemise ajal kohustust rikkunud lepingupoole lepingujärgse kohustuse turuhinna vahe tasumist, kui ...*”.

ajal kohustust rikkunud lepingupoole (müüja) lepingujärgse kohustuse (müügieseme) turuhinna vahe tasumist. VÕS-i lahendus põhineb CISG art-l 76 lg 1 ls 1, mis samuti loeb määravaks just lepingust taganemise hetke.¹³⁴¹ Seega ei oma tähendust, milline oli müügieseme turuhind *kokkulepitud täitmise tähtpäeval* või lepingust taganemise õiguse tekkimisel. Erinevalt CISG art-st 76 lg 1 ls 2 – mille järgi juhul, kui ostja taganeb lepingust peale kauba vastuvõtmist, lähtutakse kauba vastuvõtmise, mitte lepingust taganemise järgsest turuhinnast – VÕS sellist erisust ette ei näe. Kuna lepingust taganemise avaldus on kättetoimetamist nõudev tahteavaldus, siis lõpetab see pooltevahelise täitmissuhte müüja poolt avalduse kättesaamisest (TsÜS § 69, VÕS § 188 lg 1). Selle seisuga määratakse kindlaks ka hüvitise aluseks olev turuhind.

Autori hinnangul saab VÕS-i lahendust pidada mõistlikuks, samuti seondub sellega mitu eelist. Mis kõige olulisem, lepingust taganemise seisuga hinnavahe arvestamine võtab kõige täpsemini arvesse ostjale ärajäänud tehingust tekkinud ekvivalentsihuvil põhineva kahju, kuna üksnes taganemise seisuga saaks ostja sooritada konkreetse asendustehingu turuhinna tingimustele ja saavutada seeläbi lepinguga silmas peetud positiivse huvi. Kui aga lähtuda lepingujärgse kohustuse täitmise tähtpäevast, siis reeglina ei taga see ostjale sarnast tulemust. Seda põhjusel, et üldjuhul ei ole ostjal müüja kohustuste täitmisega viivitamisel õigus koheselt lepingust taganeda ja minna üle asendustäitmisele. Kuna ostja peab määrama müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja, siis selle edutu möödumise ajaks võib turuhind olla oluliselt muutunud, mistõttu ei pruugi hinnavahe arvestamine lähtuvalt kohustuse täitmise tähtpäevast võtta piisavalt arvesse ostja asendustehinguga seotud tegelikku kulu.

Näide: O ostab M-lt 10 000 barrelit toornaftat hinnaga 320 000 EUR, üleandmise tähtpäevaga 02.02. M tähtaegselt kaupa üle ei anna ega tee seda ka täiendava tähtaja jooksul (s.o hiljemalt 18.02). 20.02, kui O taganeb lepingust, on 10 000 barreli hind 450 000 EUR, kauba üleandmise tähtpäeval oli see aga 370 000 EUR. Kuna O on naftakaupleja, kes teeb sarnaseid tehinguid päevas mitmeid, siis ei õnnestu tal tõendada konkreetse asendustehingu tegemist, mistõttu otsustab ta arvestada hinnavahe hüvitist VÕS § 135 lg 2 järgi abstraktselt. Kui O-l tuleks ostuhinna ja turuhinna vahena arvestatava hüvitise osas lähtuda 02.02 seisust, saaks O nõuda hüvitisena üksnes 50 000 EUR. Selline hüvitis ei korvaks aga O-le tegelikult tekkinud kahjusid, kuna lepingust taganemise hetkeks oli toornafta turuhind tõusnud 450 000 EUR-ni. Kuna prognooside järgi nafta hinnatõus jätkub, on O-l huvi omandada M-lt saamata jäänud 10 000 barrelit turult, mistõttu tuleb tal kanda asendustehingule 450 000 EUR. Kui hüvitise arvestamisel võtta aga aluseks kauba hind üleandmiseks kokku lepitud tähtpäeval, siis jääb O 80 000 EUR ulatuses miinusesse (450 000 EUR – 370 000 EUR). Kui aga arvestades hinnavahe hüvitist taganemise seisuga, oleks ostuhinna ja turuhinna vahe 130 000 EUR ja O-l oleks õigus nõuda M-lt kogu asendustehingule kantud lisakulu hüvitamist.

Hinnavahe arvestamine kohustuse täitmise tähtpäeva seisuga on autori hinnangul ka dogmaatiliselt ebaõige. Seda põhjusel, et ostjal tekib õigus nõuda hinnavahe

¹³⁴¹ Kröll/Gotanda, art 76, Rn. 19; samamoodi PICC art 7.4.6; PECL art 9:507; lahendus erineb aga Saksa HGB §-st 376 lg 2, Itaalia tsiviilkoodeksi art-st 1518 ja Austria õiguse sättest § 376 I UGB, mille järgi on määrav lepingus kokku lepitud täitmise tähtpäev.

hüvitamist alles peale lepingust taganemist (VÕS § 135 lg 1 ja lg 2). Seega oleks dogmaatiliselt väär, kui ostja peaks arvestama kahju lähtuvalt ajahetkest, mil tema hinnavahe nõue ei olnud veel tekkinudki.¹³⁴² Selline kahjuarvestus ei oleks ainuüksi selle lähtealustelt kokkusobiv ostjale tegelikult tekkinud kahjuga. Kui aga arvestada kahju lähtuvalt taganemisõiguse *tekkimise* momendist, siis oleks autori hinnangul tulemus veelgi ebakindlam ja vaieldavam. Seda põhjusel, et nt kohustuse täitmisega viivitamisel on reeglina väga keeruline määrata ühte konkreetset hetke, millest alates saab müüja rikkumise lugeda oluliseks. Lepingust taganemise avalduse tegemine fikseerib aga selgelt ja ühemõtteliselt, milline hetkest tuleb kahju arvestamisel aluseks võtta. Seega on autori hinnangul hinnavahe arvestamisel lepingust taganemise aja seisuga olulised eelised.

Kahtlemata ei välista ka lahendus, kus hinnavahe määramisel võetakse aluseks lepingust taganemise aeg, täielikult ostja võimalikke kuritarvitusi. Nii võib ostja ühelt poolt venitada *taganemisõiguse tekkimisega*, määrares kohustuse rikkumiseks täiendava tähtaja talle sobival ajamomendil,¹³⁴³ samuti on ostjal taganemisõiguse tekkimisel piiratud ulatuses (s.o VÕS § 118 lg 1 järgse mõistliku aja sees) vabadus valida, millal ta taganemisavalduse teeb.¹³⁴⁴ Seega on ostjale teatav manööverdamisruum ja turuhinnaga spekulatsioonide võimalus ka sellisel juhul tagatud. Reeglina ei tohiks võlausaldaja poolt taganemisavalduse tegemise edasilükkamine rikkuda siiski oluliselt müüja huve, kuna kuni ostja poolt lepingust taganemiseni on müüjal õigus rikkumine oma vahenditest kõrvaldada, s.o pakkuda täitmist või heastamist. Turuhindade olulise tõusu kartuses võib müüja mh omandada turult kokkulepitud kauba ja selle ostjale võõrandada. Ostjale müümata jäänud kauba saab müüja aga võõrandada juba tõusnud turuhindadest lähtuvalt. Kuigi eelnevalt kirjeldatu ei pruugi olla piisav, et vältida täielikult kahju tekkimist, on reeglina müüjale siiski tagatud hoovad, kuidas riske maandada. Kui siiski esineb oht, et ostja spekulatsioonid müüja arvel, saab müüja tugineda ostja kahju vähendamise kohustuse rikkumisele (VÕS § 139). Sellisel juhul saab kohus turuhinna kindlaksmääramisel lähtuda vajadusel ka varasemast kui ostja poolt lepingust taganemise hetkest, sh võib erandjuhul tulla kõne alla kahju arvestamine lähtuvalt ostjale taganemisõiguse tekkimise ajast.¹³⁴⁵

¹³⁴² Vt CISG-i kontekstis Schmidt-Ahrendts, S. 109–110.

¹³⁴³ VÕS § 114 ei näe ette võlausaldajale kohustust määrata täiendav tähtaeg, vaid see on üksnes võlausaldaja õigus; vt aga VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 118, lk 623; VÕS Komm I/Kõve, § 118, lk 412–413: Kõve leiab, et täiendava tähtaja määramine on lubatud vaid mõistliku aja jooksul rikkumisest teada saamisest; Saksa õiguse valitseva arvamuse kohaselt ei tule võlausaldajal täiendavat tähtaega määrata mõistliku aja jooksul vms ja võlgniku huvid on kaitstud seeläbi, et ta saab alati võlgnetava kohustuse täitmist pakkuda ja nii ebaselge olukorra lõpetada, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 96 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 33.

¹³⁴⁴ Erinevalt VÕS-st ei ole CISG-i, PICC-i ja PECL-i puhul kohustuse mittetäitmisel seisneva rikkumise puhul võlausaldaja taganemisõigus piiratud mõistliku tähtajaga; vt selle kohta põhjalikumalt ptk 4.4.3.3.5.

¹³⁴⁵ Vt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 10.

5.1.3.3 Tagajärjed

Ostja abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitamise nõude keskne tagajärg on, et ostja võib nõuda kahjuhüvitisele lepingujärgse ostuhinna ning müügieseme turuhinna vahe tasumist.¹³⁴⁶ See eeldab, et müügiesemel on kohalik või muus mõistlikus kohas arvesse võetav turuhind. Kui turuhind puudub, siis ostja nõuet maksma panna ei saa. Turuhinna puudumine ei piira ostja õigust arvestada kahju asendustehingu sätete järgi (VÕS § 135 lg 1).

Sarnaselt asendustehingu järgi arvestatud hinnavahe nõudega ei kuulu ka ostja abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise juures reeglina kahju ettenähtavuse põhimõtte kohaldamisele.¹³⁴⁷ Kuna asendustehingu tegemise võimalus on müüja jaoks alati ettenähtav, siis on ettenähtav ka ostja abstraktselt arvestatud kahju, kuivõrd ka see põhineb hüpoteetilise asendustehingu sõlmimisel. Teisipidi, kahjuhüvitise arvestamise keskmeks oleva totaalreparatsiooni põhimõttega oleks vastuolus, kui müüja võiks vabaneda kahju hüvitamise kohustusest üksnes ettekäändel, et lepingu sõlmimise järgselt on hinnad tavapäratult muutunud ja ta ei osanud sellega arvestada.¹³⁴⁸ Seega saab kahju vähendamine tulenevalt selle ettenähtamatusest tulla kõne alla üksnes hindade äärmiselt suure ja ootamatu tõusu korral.¹³⁴⁹ Kui hinnad peaksid lepingu sõlmimise järgselt aga langema, puudub ostjal hinnavahe hüvitamise nõue sootuks, kuna sellisel juhul ei saa rääkida kahju tekkimisest.

Näide: O ostab M-lt kümme tonni banaane, hinnaga 10 000 EUR. Kuna M ei täida kohustusi kokkulepitud tähtpäevaks ja ka täiendava tähtaja jooksul, otsustab O lepingust taganeda. Lepingust taganemise hetkeks on maailmaturuhinnad aga enneolematult viljaka banaanisaagi tõttu langenud 7000 EUR-le. O jaoks tähendab see õnnelikku lepingust vabanemist ning võimalust sõlmida asendustehing märksa soodsamatel tingimustel. Kuna O jaoks lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna negatiivne vahe puudub, ei ole O-le ka kahju tekkinud. Teiselt poolt ei pea O aga andma M-le välja kokkuhoitud kulu: kuna pooltevaheline täitmissuhe on lõppenud, siis puuduvad M-l O suhtes ka nõuded.

Lisaks hinnavahe hüvitamisele võib ostja nõuda müüjalt ka kohustuste rikkimisega põhjustatud muu kahju hüvitamist.¹³⁵⁰ See tähendab, et VÕS § 135 lg 2 järgse hüvitise näol on tegemist ostja nn miinimumkahjuga, mis ei piira ostja muid nõudeid.¹³⁵¹ Hüvitamisele kuuluva muu kahju osas saab lähtuda ptk-s 5.1.2.4 analüüsitud selle erinevusega, et abstraktselt arvestatud kahju korral ei saa ostja nõuda asenduste-

¹³⁴⁶ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477, sarnaselt CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 7.

¹³⁴⁷ CISG-i kontekstis sarnaselt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 6; MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 11; Witz/Salger/Lorenz, art 76, Rn. 12; Bamberger/Roth/CISG/Saenger, art 76, Rn 3; vt ka RKTko 3-2-1-37-08 p 26, kus Riigikohus märgib, et VÕS § 135 lg 2 järgi kahju arvestamisel üldjuhul kahju ettenähtavuse põhimõtte ei kohaldu; sarnaselt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478.

¹³⁴⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 6.

¹³⁴⁹ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478.

¹³⁵⁰ Vt ka ptk 5.1.2.4

¹³⁵¹ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478; sarnaselt CISG-s, vt StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 7; Herber/Czerwenka, art 76, Rn 10.

hingu ettevalmistamise ja läbiviimisega seotud kulude hüvitamist (nt maakleritasud, transpordikulud jms), kuna sellist kahju ostjal ei teki. Ka siin ollakse õiguskirjanduses eriarvamusel, kas lisaks hinnavahe hüvitisele saab ostja täiendavalt nõuda ka saamata jäänud tulu hüvitamist. Ühe arvamuse järgi leitakse, et ostja, kes on otsustanud arvestada kahju abstraktselt, on sellega ka edaspidi seotud, mistõttu puudub tal ühtlasi ka õigus saamata jäänud tulule.¹³⁵² Seejuures ollakse seisukohal, et ostjal puudub ka õigus minna abstraktselt kahjuarvestuselt üle konkreetsele.¹³⁵³ Konkureeriva arvamuse kohaselt tuleneb ostja õigus nõuda saamata jäänud tulu aga põhimõttest, et ainuüksi asjaolu, et ostja on otsustanud arvestada kahju abstraktselt, ei piira tema õigust talle tekitatud muu kahju hüvitamisele.¹³⁵⁴

Autori hinnangul tuleks ostja õigust nõuda abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise kõrval ka saamata jäänud tulu tunnustada. Saamata jäänud tulu nõue ei ole vastuolus VÕS § 135 lg 2 eesmärgiga, milleks on lihtsustada ostja miinimumkahju nõude maksmapanekut.¹³⁵⁵ Ka VÕS § 135 lg 3 rõhutab selgelt, et hinnavahe hüvitamise nõudeõigus ei piira muu, s.o hinnavahet ületava kahju nõudmise õigust. Kuna VÕS § 135 saamata jäänud tulu nõuet ei välista, tuleb seda pidada lubatuks. Saamata jäänud tulu hüvitatavust toetavad ka kahju hüvitamise regulatsiooni keskmeks olevad totaalreparatsiooni ja diferentsihüpoteesi põhimõte.¹³⁵⁶ Samuti ei sätesta seadus keeldu, et konkreetset ja abstraktselt arvestatavad kahjunõuded ei oleks samaaegselt kombineeritavad. Kõige olulisem on aga, et saamata jäänud tulu ja hinnavahe hüvitamise nõudel on erinev eesmärk ja ese.¹³⁵⁷ See ei tähenda aga, et ostja saaks hinnavahe hüvitise ja saamata jäänud tulu nõude kombineerimisel nõuda enese asetamist paremasse olukorda, kui ta oleks olnud müüja poolt kohustuste kohasel täitmisel. Selline tulemus oleks vastuolus kahju hüvitamise nurgakivi oleva rikastumise keelu põhimõttega.¹³⁵⁸

Näide: O ostab M-lt kaupa hinnaga 100 000 EUR, kauba turuhind on aga 110 000 EUR. Kuna M kohustusi õigeaegselt ei täida, taganeb O lepingust ja kaotab võimaluse võõrandada kaup X-le hinnaga 120 000 EUR. O ei saa nõuda M-lt üheaegselt lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna vahe hüvitamist 10 000 EUR (VÕS § 135 lg 1) ning saamata jäänud tulu 20 000 EUR kompenseerimist (sisseostu ja edasimüügi hinna vahe). Vastasel juhul oleks O arvestuslikuks kahjuks 30 000 EUR, millega kaasneks O rikastumine. S.o M-i poolt lepingu kohasel täitmisel oleks O tehingutega seotud kasum olnud 20 000 EUR, ostes kauba 100 000 EUR eest ja müües selle edasi 120 000 EUR-ga.

¹³⁵² MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 15.

¹³⁵³ StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 23.

¹³⁵⁴ Bamberger/Roth/CISG/Saenger, art 76, Rn 3; Bianca/Bonell/Knapp, art 76, Rn 2.7 ff.

¹³⁵⁵ Seda kinnitab ka RKTko 3-2-1-179-15, p 27, milles Riigikohus märkis järgmist: „Samas ei ole VÕS § 135 lg 2 iseenesest nõude alus. VÕS § 127 lg 1 järgi on kahju hüvitamise eesmärk kahjustatud isiku asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane olukorrale, milles ta oleks olnud, kui kahju hüvitamise kohustuse aluseks olevat asjaolu ei oleks esinenud.” Vt ka viidatud lahendi p 29.

¹³⁵⁶ Sarnaselt CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 13.

¹³⁵⁷ Vt selgituste osas ka ptk 5.1.2.4.

¹³⁵⁸ VÕS § 127 lg 5, vt VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 446.

Ostja õigus nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist võib üksikjuhtumil olla välis-
tatud, kui ostja oleks õigeaegse asendustehingu tegemisel saanud sellise kahju tekki-
mist vältida, näiteks soetades asenduskauba turuhinnaga ning võõrandades selle tulu
saamise eesmärgil edasi.¹³⁵⁹ Sellist nõude ulatuse piirangut tuleks tunnustada lähtuvalt
üldisest hea usu põhimõttest ja võlausaldaja kahju vähendamise kohustusest (VÕS
§ 6, § 139 lg 2). Eeltoodud näite puhul tähendab see, et võimaluse korral oleks O
pidanud soetama kauba turult hinnaga 110 000 EUR ning võõrandama selle X-le hin-
naga 120 000 EUR. Sellisel juhul oleks O kogukahju olnud 10 000 EUR: O saamata
jäänud tulu nõue oleks ära langenud, mille tulemusena oleks O-l õigus üksnes hinna-
vahe hüvitamisele.

Lõpetuseks tuleb märkida, et õiguskirjanduses ollakse seisukohal, et kui ostja
otsustab esialgu arvestada talle tekkinud kahju abstraktselt lepingujärgse ostuhinna ja
turuhinna vahena, ei piira see hiljem ostja õigust nõuda tegelikule asendustehingule
kantud kulutuste hüvitamist ulatuses, milles see ületab esialgu abstraktselt arvestatud
kahju. Seda põhjusel, et kahju abstraktselt arvestamise võimaluse eesmärk on üksnes
nõude makspaneku lihtsustamine, mitte aga välistada tegelikult tekkinud kahjude
hüvitamist. Sellise asendustehingul põhineva nõude saab ostja maksta panna aga
üksnes kahju hüvitamise üldsätete alusel.¹³⁶⁰

5.1.4 VÕS § 135 lg 1 ja lg 2 konkurents

Küsitav on, milline on konkreetset ja abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise nõude
omavaheline suhe ja konkurents. CISG-i kirjanduse valitseva arvamuse järgi tuleb
konkreetselt ja abstraktselt arvestatava hüvitise korral lugeda viimane subsidiaarseks,
kuuludes kohaldamisele üksnes juhul, kui kahju arvestamine asendustehingu järgi
ei tule kõne alla.¹³⁶¹ Seega puudub ostjal ka valikuõigus, kumma sätte järgi kahju-
sid arvestada: kui ostja saab arvestada kahju lähtuvalt tegelikult sõlmitud asendus-
tehingust (CISG art 75), langeb turuhinnal põhinev abstraktne hüvitise arvestamise
võimalus ära.¹³⁶² Sellise regulatsiooni eesmärk on vältida võimalikke turumuutustega
seotud ostja kuritarvitusi ning ahvatlust manipuleerida müüjaga enda soodsama positi-
siooni huvides.¹³⁶³ Ühtlasi peaks regulatsioon vältima tulemust, et ostja saab kahju
abstraktsel arvestamisel nõuda suuremat hüvitist, kui on ta tegelikkuses asenduste-
hingule kandnud.¹³⁶⁴ Selline käsitlus harmoniseerub ühtlasi põhimõttega, et ostja ei

¹³⁵⁹ Sarnaselt Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 13; vt ka Schlechtriem/Schwenzer
(2005)/Stoll/Gruber, art, 76, Rn. 13.

¹³⁶⁰ Schmidt-Ahrendts, S. 113–114; Enderlein/Maskow/Strohbach, art 76, Rn 1.

¹³⁶¹ Vt põhjalikult Schmidt-Ahrendts, S. 101–103.

¹³⁶² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 13; MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 17;
MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 1, Rn 3.

¹³⁶³ Sarnaselt Schmidt-Ahrendts, S. 101.

¹³⁶⁴ Schmidt-Ahrendts, S. 102; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian
Federation Chamber of Commerce and Industry CISG-online 1042; OLG Hamm CISG-online nr
57.

tohiks saavutada enese paremasse olukorda paigutamist, kui ta oleks olnud müüja poolt lepingu kohasel täitmisel.¹³⁶⁵

Seega juhul, kui ostja on tegelikkuses teostanud asendustehingu, tuleb tal kahju arvestada konkreetsetl kas CISG art 75 või art 74 järgi ja hüvitise abstraktne arvestamine ei ole lubatud (CISG art 76).¹³⁶⁶ Selline piirang kehtib siiski üksnes juhul, kui ostja on teinud asendustehingu, mis vastab asendustehingu kriteeriumidele, st on tehtud mõistlikul viisil ja mõistliku aja jooksul peale lepingust taganemist.¹³⁶⁷ Muul juhul võib ostja arvestada kahju ka abstraktselt CISG art 76 järgi.¹³⁶⁸ Kui ostja asendustehing puudutab üksnes lepingueseme üht osa, ei piira see ostja õigust arvestada ülejäänud osas kahju abstraktselt.¹³⁶⁹

CISG-i kirjanduses vaieldakse selle üle, milline on konkreetsetl ja abstraktselt arvestatud hüvitise konkurents juhul, kui ostja on teinud asendustehingu enne lepingust taganemist või peale lepingust taganemise mõistliku aja möödumist. Nagu ikka, esineb ka siin seisukohtade paljus, millest esile toomist väärivad kaks keskseimat. Ühe osa autorite arvates tuleks ka sellisel juhul eelistada konkreetsetl asendustehingul põhinevat kahjuarvestust tingimusel, et asendustehing vastab oma sisult ja ulatuselt esialgsele tehingule.¹³⁷⁰ Teine osa autoreid leiab aga, et ostja õigus arvestada kahju lähtuvalt asendustehingust eksisteerib üksnes juhul, kui see vastab konventsiooni nõuetele, vastasel juhul ei peaks kumbki pooltest saama sätte tugineda.¹³⁷¹

Saksa õiguses, kus puudub CISG art-tele 75 ja 76 ning VÕS §-le 135 vastav hinnavahe hüvitise arvestamise eriregulatsioon, leitakse, et tulenevalt kahju hüvitamise üldpõhimõtetest on ostjal valikuõigus, kas ta arvestab kahjusid konkreetsetl või abstraktselt.¹³⁷² Küll aga on küsitav, kas müüja saab ostja abstraktselt arvestatud hüvitisele esitada vastuväite, et see kuulub vähendamisele, kuna ostjal oleks olnud võimalus sõlmida turuhinnast soodsam asendustehing. Sellises olukorras räägitakse võimalusest, et ostja on võtnud kahju tekkimise osas üle põhjusliku seose, mistõttu ei kuulu ka kahju vastavas osas hüvitamisele.¹³⁷³ Konkureeriva arvamus järgi peab võlausaldaja tulenevalt üldisest kahju vähendamise kohustusest igakordselt arvestama kahju võlgnikku kõige vähem koormaval viisil ja võimalus arvestada kahju abstraktselt omab üksnes tõendamiskoormise lihtsustamise eesmärki.¹³⁷⁴

¹³⁶⁵ Schmidt-Ahrendts, S. 67.

¹³⁶⁶ StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 11, art 75, Rn 22; MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 3; Karollus, S. 221.

¹³⁶⁷ Vt asendustehingu tingimuste kohta ptk 5.1.2.2 ja ptk 5.1.2.3.

¹³⁶⁸ MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 12; Schlechtriem (2007), Rn 722; Bianca/Bonell/Knapp, art 76, Anm 2.3; Huber/Mullis, S. 288; teisiti Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 10.

¹³⁶⁹ MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 3, art 75, Rn 21; StaudingerCISG/Magnus, art 76, Rn 12; OLG Frankfurt 24.03.2009, IHR 2010, 250 (254).

¹³⁷⁰ Schmidt-Ahrendts, S. 103; Schlechtriem (2008), p 9.

¹³⁷¹ Schmidt-Ahrendts, S. 103.

¹³⁷² Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 26, Rn 30 ff; Steindorff, S. 12 ff; vt ka Rodemann, S. 634 ff.

¹³⁷³ V. Caemmerer, S. 8 ff; Schmidt-Ahrendts, S. 50.

¹³⁷⁴ Schmidt-Ahrendts, S. 50–51.

Olulised piirangud võlausaldaja kahju arvestamise valikuõiguse osas näeb Saksa õiguses ette HGB¹³⁷⁵ § 376, mille lg 2 järgi tuleb ostjal olukorras, kus kaubal on börsi- või turuhind, esmajärjekorras arvestada kahju abstraktselt. Asendustehingul põhinev kahjuarvestus on lubatud üksnes niivõrd, kui see on sõlmitud viivitamatult peale taganemisõiguse tekkimist.¹³⁷⁶ Kui ostja siiski sõlmib asendustehingu, ei võta see talt õigust arvestada kahju abstraktselt.¹³⁷⁷ Abstraktselt arvestatud hüvitisele ei saa müüja esitada ka vastuväidet, et ostjale ei ole tegelikkuses kahju tekkinud, nt et ta ei soovinud kaupa edasi võõrandada või puudus tal selleks võimalus.¹³⁷⁸

Kui CISG-is prevaleerib asendustehingul põhinev kahjuarvestus ja Saksa õiguses on ostjal reeglina valikuõigus hüvitise arvestamise viisi osas, siis küsitav on, milline on konkreetset ja abstraktselt arvestatud kahjuarvestuste konkurents VÕS-s. Õiguskirjanduses leitakse, et kuna VÕS § 135 lg 2 sisaldab fraasi „... *ka juhul, kui* ...”, siis võib võlausaldaja arvestada kahju abstraktselt ka siis, kui ta on tegelikkuses sõlminud asendustehingu.¹³⁷⁹ Seega, sõltumata asendustehingu tegemisest on ostjal valikuõigus, kuidas ta kahju arvestab. Kuigi sätte sõnastus ja grammatiline tõlgendus pigem toetavad õiguskirjanduses märgitud, on autori hinnangul regulatsiooni õigustatus sellisel kujul siiski suuresti küsitav. Analüüsides VÕS § 135 regulatsiooni eeskujusätteid CISG-s, PECL-s ja PICC-s, ilmneb, et mitte ükski viidatud regulatsioonidest ei näe asendustehingu tegemisel võlausaldajale ette võimalust arvestada kahju abstraktselt.¹³⁸⁰ Kõikides viidatud regulatsioonides prevaleerib konkreetset asendustehingul põhinev kahjuarvestus abstraktselt arvestatud hüvitise üle. Ka kaasaegne mudelregulatsioon DCFR ei näe võlausaldajale ette valikuõigust, eelistades samuti asendustehingul põhinevat kahjuarvestust abstraktselt arvestatud hüvitisele.¹³⁸¹ Seega mitte üksnes VÕS-i eeskujuregulatsioonides, vaid ka modernsetes mudelseadustes ollakse ülekaalukalt arvamusel, et võlausaldaja õigus arvestada kahju abstraktselt peaks kõne alla tulema üksnes juhul, kui asendustehing puudub. Seega on abstraktselt arvestatud hüvitis selgelt subsidiaarse tähendusega. Millistest erelistest ja olulistest kaalutlustest tulenevalt erineb VÕS-i lahendus sätte eeskujuregulatsioonidest (CISG, PECL, PICC), seaduse seletuskirjast ja õiguskirjandusest paraku ei ilmne.

Autori hinnangul tuleb VÕS-i lahendust pidada ebaõnnestunuks. Võimalus arvestada kahju abstraktselt ka konkreetse asendustehingu olemasolul annab võlausaldajale võimaluse võlgnikuga manipuleerida ja viimase arvelt rikastuda. Selleks, et vältida võlausaldaja lubamatut rikastumist ja enese paremasse positsiooni asetamist, kui ta

¹³⁷⁵ Oluline on märkida, et erinevalt VÕS §-st 135 kohaldub HGB § 376 üksnes majandus- või kutsetegevuses sõlmitud lepingutele.

¹³⁷⁶ Vt HGB § 376 kommentaarid, nt Baumbach/Hopt, § 376, Rn 12–14; MüKoHGB/Grunewald, § 376, Rn 21–25.

¹³⁷⁷ MüKoHGB/Grunewald, § 376, Rn 22; Huber (2009), S. 726.

¹³⁷⁸ Baumbach/Hopt, § 376, Rn 13; MüKo-HGB/Grunewald, § 376, Rn 22; Heymann/Emmerich/Hoffmann, § 376, Rn 17; Huber (2009), S. 738; Oetker/Koch, § 376, Rn 45; vt teisiti Saksa õiguses MüKo 7/Ernst, vor § 281, Rn 26; Bardo S. 132, 171 ff; Bamberger/Roth/Unberath, § 281, Rn 44.

¹³⁷⁹ VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 477.

¹³⁸⁰ Vt CISG art 75 ja art 76, PECL art 9:506 ja art 9:507, PICC art 7.4.5 ja art 7.4.6.

¹³⁸¹ Vt DCFR III.-3:707.

oleks olnud lepingu kohasel täitmisel, peakski asendustehingu sõlmimisel olema abstraktne kahjuarvestus välistatud.¹³⁸²

Näide: M müüb O-le kaupa hinnaga 100 000 EUR. Kauba tegelik turuhind on aga 130 000 EUR. Kuna M ei täida lepingut ka rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja jooksul, otsustab O lepingust taganeda ja nõuda VÕS § 135 lg 2 järgi kahjuhüvitisena ostuhinna ja turuhinna vahe hüvitamist summas 30 000 EUR. Tegelikult õnnestub O-l aga omandada kaup 110 000 EUR eest. Vaatamata sellele soovib O nõuda M-lt hüvitisena 30 000 EUR.

Kirjeldatud näites on O-le asendustehingu sõlmimisest tekkinud tegelik kahju (lisakulu) 10 000 EUR, mis seisneb lepingujärgse ostuhinna ja asendustehingu ostuhinna vahes. Nõudes nüüd M-lt kahjuhüvitisena 30 000 EUR, soovib O asetada end 20 000 EUR võrra soodsamasse positsiooni, milles ta oleks olnud M-i poolt lepingu kohasel täitmisel. Seega soovib O rikastuda M-i arvelt.

Autori hinnangul on regulatsioon, mis võimaldab võlausaldajal võlgniku arvel spekulioneerides lubamatult kasu teenida, vastuolus kahju hüvitamise regulatsiooni keskse põhimõttega, et võlausaldaja ei tohiks kahjuhüvitise tulemusena rikastuda (vrdl VÕS § 127 lg 5).¹³⁸³ Samuti on selline tulemus vastuolus võlausaldaja üldise kahju vähendamise kohustusega (VÕS § 139). Võttes arvesse, et sätte eeskujuregulatsioonid käsitlevad kahju abstraktselt arvestamise võimalust subsidiaarsena, tuleks autori hinnangul tõsiselt kaaluda VÕS § 135 lg 2 muutmist selliselt, et õigus arvestada hinnavahe hüvitist abstraktselt peaks olema võlausaldajal üksnes juhul, kui kahju arvestamine asendustehingu järgi ei tule mingil põhjusel kõne alla.

5.2 Hinnavahe hüvitamise nõue VÕS § 127 järgi

Kui eelnevalt käsitleti ostja õigust arvestada hinnavahe hüvitist konkreetselt ja abstraktselt VÕS § 135 järgi, siis järgnevalt analüüsitakse ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist kahju üldsätete alusel (VÕS § 127). Seejuures jaguneb analüüs kaheks: esmalt uuritakse ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist kahju üldregulatsiooni järgi olukorras, kus ostja on lepingust taganenud. Peatüki teises pooles võetakse vaatluse alla ostja õigus nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames olukorras, kus ostja ei ole eelnevalt lepingust taganenud või puudub tal selleks õigus.

5.2.1 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemisel

Ostja õiguse nõuda müüja kohustuste rikkumisel kahju hüvitamist sätestab VÕS § 115. Kahju hüvitamise nõudenormist tuleb eristada nõude sisu ja ulatust reguleerivaid VÕS-i 7. peatüki sätteid, mis tulevad kohaldamisele üksnes juhul, kui müüjal on

¹³⁸² StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 3.

¹³⁸³ See tuleneb diferentsihüpoteesi põhimõttest, vt ka RKTko 3-2-1-100-13, p 13 ja RKTko 3-2-1-90-99.

ostja ees kahju hüvitamise kohustus tekkinud.¹³⁸⁴ Ühtlasi tuleneb sellest, et nii VÕS § 135 järgi arvestatud hinnavahe hüvitise kui ka igasuguse muu ostja lepingulise kahjuhüvitise nõudenorm on VÕS § 115. Seega tõusetub hinnavahe hüvitise nõude kontekstis paratamatult küsimus, kas ostja võib nõuda hinnavahe hüvitamist ka kahju ulatust reguleerivate üldsätete järgi (VÕS § 127 jj) või on VÕS § 135 näol tegemist hinnavahe hüvitise nõude osas eksklusiivse normiga. Teisisõnu, kas ostja saab nõuda hinnavahe hüvitamist ka olukorras, kus VÕS § 135 eeldused ei ole täidetud?

VÕS § 135 regulatsiooni eesmärgi osas on Riigikohus leidnud, et tegemist ei ole võlausaldaja kahjuhüvitist piirava, vaid üksnes selle võimalikku arvestamist lihtsustava sättega. Nii on Riigikohus nt märkinud, et lisaks hinnavahe hüvitamisele saab võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist ka ajavahemiku eest pärast lepingu lõppemist ja enne asendustehingu tegemist.¹³⁸⁵ Siiski ei nähtu Riigikohtu senisest praktikast selgesõnalist seisukohavõttu, et võlausaldaja (ostja) võib nõuda hinnavahe hüvitamist ka kahju hüvitamise üldsätete järgi ja et VÕS § 135 näol ei ole tegemist hinnavahe hüvitist õigustava eksklusiivse regulatsiooniga. Ka viidatud Riigikohtu lahendist ei saa sellist järeldust teha, kuna Riigikohtu viidatud VÕS § 135 lg 3 reguleerib üksnes küsimust sellest, kas võlausaldaja – olles õigustatud nõudma hinnavahe hüvitamist – võib nõuda lisaks ka talle võlgniku kohustuse rikkumisega tekitatud muude kahjude hüvitamist.¹³⁸⁶ Seega ei anna ka Riigikohtu praktika vajalikke selgitusi, mistõttu on regulatsiooni sisu ja eesmärgi väljaselgitamiseks kohane pöörduda selle eeskujusätete poole.

VÕS § 135 regulatsiooni eeskujuks olnud CISG art-te 74–76 järgse kirjanduse järgi ei ole hinnavahe hüvitamise regulatsiooni sätete eesmärk välistada võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kahju üldregulatsiooni alusel (CISG art 74).¹³⁸⁷ Hinnavahe hüvitamise erisätete ülesanne on üksnes lihtsustada võlausaldaja kahju arvestamise ja tõendamisega seotud raskusi.¹³⁸⁸ Seega on tegemist regulatsiooniga, mis ei piira, vaid täiendab kahju arvestamise võimalusi.¹³⁸⁹ Teisisõnu tähendab see, et kui CISG-s puudusid hinnavahe hüvitise erisätted (art 75 ja art 76), tuleks võlausaldajal arvestada hinnavahe hüvitist lähtuvalt kahju hüvitamise üldsätetest (CISG

¹³⁸⁴ VÕS Komm I/Sein, § 127, lk 436–437; RKTko 3-2-1-165-09, p 15; vrdl ka RKTko 3-2-1-179-15, p 27 jj.

¹³⁸⁵ RKTko 3-2-1-5-13, p 37. Vt ka RKTko 3-2-1-179-15, p 27.

¹³⁸⁶ Vt ka VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478; õiguse osas nõuda muude kahjude hüvitamist vt ptk 5.1.2.4 ja ptk 5.1.3.3.

¹³⁸⁷ Karollus, S. 222; MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 18; MüKoCISG/Huber, art 76, Rn 15; Schmidt-Ahrendts, S. 150–152; Schlechtriem (1985), S. 167; MüKoHGB/Mankowski, art 74, Rn 26; Schmidt-Ahrendts, S. 125; östOGH EvBl 2000/167 = IHR 2001, 206.

¹³⁸⁸ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 1; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 1.

¹³⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74 Rn 9, Rn 20, Rn 41; vt Huber/Mullis, § 13 (VII) (1); Schmidt-Ahrendts, S. 113–114; Enderlein/Maskow/Strohbach, art 76, Rn 1; CISG-AC Opinion/Gotanda, art 75–76, p 1.2: „In cases where a contract has been avoided, Articles 75 and 76 provide alternative methods for calculating damages. However, these provisions are not mandatory in nature; aggrieved parties can choose whether to calculate damages pursuant to them. Thus, Articles 75 and 76 do not replace Article 74; they supplement and work in connection with it.” P 2.4.2: „If, however, damages cannot be calculated under Article 76, then damages are to be calculated under Article 74.”

art 74).¹³⁹⁰ Leitakse, et sellist tõlgendust kinnitab mh võrdlevõiguslik argument: nii on võlausaldajale tagatud õigus nõuda hinnavahe hüvitamist reeglina ka sellistes regulatsioonides, mis ei tunne CISG art-tele 75 ja 76 sarnast regulatsiooni.¹³⁹¹ Seega ei tähenda eriregulatsiooni sätestamine, et võlausaldajal puudub õigus arvestada hinnavahe hüvitist lähtuvalt kahju hüvitamise üldpõhimõtetest¹³⁹² ning võlausaldaja võib lepingust taganemisel paralleelselt hinnavahe hüvitamist lihtsustavate erisätetega nõuda sellise hüvitise kompenseerimist ka kahju üldregulatsiooni alusel.¹³⁹³ Teisisõnu, kahju hüvitamise üldregulatsioon hõlmab ka hinnavahe hüvitamise sätteid.¹³⁹⁴ Selline käsitus on ühtlasi kooskõlas CISG art 74 sisuks oleva totaalreparatsiooni põhimõttega, mille järgi tuleb võlgnikul hüvitada võlausaldajale kõik kohustuse rikkumisest põhjustatud kahjud.¹³⁹⁵ Kahju üldsätete järgi võlausaldaja nõude lahendamise tähendus ilmneb eelkõige olukorras, kus nõude lahendamine CISG art 75 ja 76 järgi ei ole mingil põhjusel võimalik.¹³⁹⁶

Autori hinnangul on eeltoodud kaalutlused ja argumentatsioon üle kantavad VÕS-i, mistõttu ei tohiks ka VÕS § 135 regulatsiooni tõlgendada selliselt, et see piirab ostja õigust arvestada hinnavahe hüvitist VÕS § 127 järgi. VÕS § 135 eesmärk on lihtsustada võlausaldaja jaoks nõuete maksmapanekut, tagades talle alternatiivse kahju arvestamise võimaluse.¹³⁹⁷ Sarnase järelduse võib välja lugeda ka õiguskirjandusest, kus märgitakse, et VÕS § 135 üksnes lihtsustab võlausaldaja jaoks miinimumkahju tõendamist ning võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist ka üldiste kahju arvestamise reeglite järgi.¹³⁹⁸ Seega VÕS-i hinnavahe hüvitise arvestamise erisätted täiendavad ja funktsioneerivad koosmõjus kahju üldregulatsiooniga (VÕS § 127). Teisipidi tuleneb sellest, et kui ostja teeb sellise asendustehingu, mis ei vasta VÕS § 135 lg 1 tingimustele – nt on see sõlmitud mõistliku aja möödudes või ei ole kohtu hinnangul asendustehing tehtud mõistlikul viisil –, ei too see kaasa ostja hinnavahe nõude lõppemist ja müüja vabanemist vastutusest. Sellisel juhul saab ostja endiselt arvestada kahju konkreetselt VÕS § 127 järgi. Teistsugune tõlgendus ei oleks kooskõlas kahju hüvitamise regulatsiooni üldiste eesmärkidega ning tooks kaasa soovimatud tulemused.

Näide 1: O taganeb M-ga sõlmitud müügilepingust (90 000 EUR) viimase olulise rikkumise tõttu. O jaoks on müügiese (väetised) vajalik Y-i ees kohustuste täitmiseks, mistõttu sõlmib ta M2-ga asendustehingu summas 110 000 EUR. Kuna O jaoks on

¹³⁹⁰ Honsell/Schöne/Koller, art 75, Rn 5, art 76, Rn 3.

¹³⁹¹ Schmidt-Ahrendts, S. 126; nt BGB § 249 jj ei sätesta sarnaseid erisätteid, mistõttu arvestatakse hinnavahe hüvitist kahju üldregulatsiooni järgi.

¹³⁹² Schlechtriem (2008), p 3.

¹³⁹³ Honnold, Rn 404; Schmidt-Ahrendts, S. 126.

¹³⁹⁴ Schmidt-Ahrendts, S. 126.

¹³⁹⁵ Vt kahju hüvitamise eesmärgi kohta CISG-s Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 1, Rn 5 ff; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 2; Kröll/Gotanda, art 74, Rn 1 ff.

¹³⁹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 76, Rn 1: niivõrd, kui art 76 ei ole kohaldatav, saab võlausaldaja arvestada talle tekkinud kahjusid art 74 raames; vt ka MüKoHGB/Mankowski, art 76, Rn 10, Rn 11, Rn 4, art 75, Rn 15; Bianca/Bonell/Knapp, art 76, Anm 2.3 ja 3.3; Herber/Czerwenka, art 76, Rn 6; samuti Enderlein/Maskow/Strohbach, art 76, Anm. 3.

¹³⁹⁷ Vt VÕS § 135 eesmärgi kohta ptk 5.1.1.

¹³⁹⁸ Vt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476. Vrdl RKTko 3-2-1-179-15, p 27 jj.

tegemist esialgsest lepingust 20 000 EUR võrra suurema kulutusega, soovib ta M-lt asendustehingule kantud lisakulu hüvitamist. Kohus leiab, et O tehtud asendustehing vastab küll turutingimustele, kuid on tehtud peale mõistliku aja möödumist VÕS § 135 lg 1 tähenduses. Samas tuvastab kohus, et kui O oleks teinud asendustehingu vahetult lepingust taganemise järgselt, oleks tal turuhindade järgi tulnud tasuda 120 000 EUR. Ühtlasi oleks O-le tekkinud kahju 10 000 EUR võrra ulatuslikum (kokku 30 000 EUR).

Kirjeldatud näide kinnitab ilmekalt, et seaduse mõtte ja kahju hüvitamise regulatsiooni üldiste eesmärkidega oleks vastuolus, kui võlausaldaja kaotaks VÕS § 135 järgi kahju arvestamise õiguse puudumisel õiguse nõuda hinnavahetuse hüvitamist täielikult. Vabastada oluliselt lepingut rikkunud võlgnik vastutusest ja kahju hüvitamise kohustusest üksnes seetõttu, et asendustehing ei ole sõlmitud mõistliku aja jooksul, tooks kaasa ebamõistliku pooltevahelise riskijaotuse. Tulemus oleks seda ebamõistlikum, kui võtta arvesse, et ebamõistlikel tingimustel tehtud asendustehingule saab võlgnik edukalt esitada kahju vähendamise vastuväite VÕS § 139 lg 2 järgi. Teisisõnu, kui asendustehing ei vasta VÕS § 135 lg 1 kriteeriumidele, saab asendustehingu sõlmimise viivitamise või selle muul põhjusel ebamõistlikel tingimustel sõlmimise võtta arvesse kahjuhüvitise vähendamise juures.

Näide 1 (alternatiiv): asjaolud samad selle erinevusega, et vahetult peale lepingust taganemist oleks O saanud omandada M2-lt kauba 100 000 EUR eest. Asendustehinguga viivitamise tõttu oli O kantud kulu aga 110 000 EUR. Sellises olukorras oleks mõistlik lahendada O nõuded selliselt, et kui M esitab O nõudele kahju vähendamise vastuväite VÕS § 139 lg 2 järgi, kuulub O nõue vähendamisele ulatuses, milles kahju tekkimine oli tingitud O enda ebamõistlikust tegutsemisest. Antud juhul võiks selleks olla O poolt asendustehingu sõlmimisega viivitamisest tingitud lisakulu 10 000 EUR. Eelnevast eraldiseisvalt võib püstitada küsimuse, kas viivitusest tekkinud hinnalanguse (nt on O asendustehingu hind 80 000 EUR) korral saab O arvestada hindade langemisest tekkinud eelise enda kasumiks ning arvestada kahju abstraktselt VÕS § 135 lg 2 järgi. Autori hinnangul tuleks sellist võimalust eitada, kuna sellisel juhul satuks O kahju hüvitamise tulemusena paremasse positsiooni, kui ta oleks olnud M-i poolt lepingu kohasel täitmisel.¹³⁹⁹ Kahjuhüvitise tulemusena võlausaldaja rikastumine ei oleks aga kooskõlas kahju hüvitamise regulatsiooni üldiste põhimõtetega (vrdl VÕS § 127 lg 5).

Oluline on märkida, et VÕS § 127 järgi arvestatud hinnavahetuse hüvitise nõudele ei laiene VÕS § 135 lg-s 1 sätestatud hüvitise lihtsustatud arvestamise ja tõendamise põhimõtted. See tähendab, et asendustehingu tegemisel tuleb ostjal igakordselt tõendada talle tegelikult tekkinud kahju suurus, lähtudes kahju arvestamise üldpõhimõtetest (vt VÕS § 127 lg 1–5).¹⁴⁰⁰ Reeglina on ka VÕS § 127 järgi arvestatud hinnavahetuse hüvitis müüjale ettenähtav, samuti on selline kahju kooskõlas rikutud normi kaitse-eesmärgiga.¹⁴⁰¹ Kui ostja sõlmitud asendustehing ületab turuhinda või on muul

¹³⁹⁹ Vt kahju abstraktse ja konkreetse arvestamise konkurentsi kohta täpsemalt ptk 5.1.4.

¹⁴⁰⁰ Sarnaselt VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 476.

¹⁴⁰¹ Vrdl ka Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5, Rn 8; VÕS Komm I/Sein, § 135, lk 478.

põhjusel ebamõistlik, saab müüja oma huvide kaitseks esitada kahju vähendamise vastuväite (VÕS § 139 lg 2).

Näide 2: M müüb O-le kaupa, millel ilmnevad olulised puudused. O teavitab M-i kauba puudustest ja annab talle täiendava tähtaja puuduste kõrvaldamiseks (VÕS § 114). Enne täiendava tähtaja möödumist teeb O aga kahjude vähendamise eesmärgil C-ga asendustehingu, mille ostuhind on 10 000 EUR võrra kõrgem. M täiendava tähtaja jooksul puudusi ei kõrvalda, mistõttu O taganeb lepingust. Nüüd soovib O nõuda M-lt kahjude kompenseerimist, mh C-ga sõlmitud asendustehingule kantud hinnavahet 10 000 EUR hüvitamist. Kas O saab nõuda M-lt hinnavahet hüvitamist?

Ostja poolt enneaegse asendustehingu alusel hinnavahet hüvitise arvestamine hõlmab rida keerukaid küsimusi. Kirjeldatud näite puhul ei saa O arvestada hinnavahet hüvitist VÕS § 135 lg 1 järgi, kuna see eeldab, et asendustehing on sõlmitud *peale lepingust taganemist*.¹⁴⁰² O on aga sõlminud asendustehingu rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja perioodil ja seega enne lepingust taganemist. O võiks arvestada kahju abstraktselt VÕS § 135 lg 2 järgi tingimusel, et müügiesemeks olnud kaubal on turuhind. Kuna antud juhul puudub kaubal turuhind, siis kahju abstraktsel arvastamine ei ole võimalik. O-l puudub ka huvi teha täiendav, s.o lepingust taganemise järgselt sõlmitud asendustehing, kuna ta on enneaegse asendustehinguga soovitud tulemuse saavutanud. Samas on C-ga sõlmitud asendustehing tehtud enne O-l dispositsioonivabaduse tekkimist.¹⁴⁰³ Samas oleks ebamõistlik, kui M vabaneks sellises olukorras vastutusest täielikult. Seda enam, et M ei kõrvaldanud müügieseme puudusi ka täiendava tähtaja jooksul ja O on lepingust kehtivalt taganenud. Kas ja millistel tingimustel saab O nõuda M-lt kahju hüvitamist?

Saksamaa Liidukohus on varasemas praktikas leidnud, et olukorras, kus ostja teeb asendustehingu enne lepingust taganemist, kannab ta müüjapoolse järeltäitmise (heastamise) riski. See tähendab, et kui müüja pakub kohustuse täitmist enne ostja poolt lepingust taganemist (nt on müüja valmis puudused kõrvaldama, asendama müügieseme või viivituse korral kauba üle andma), tuleb ostjal müüja täitmine vastu võtta. Seega peab ostja kuni täitmissuhte lõppemiseni käituma lepingutruult ja olema alati valmis omapoolsed kohustused täitma, sh võtma vastu kohustuste täitmise pakku-mise ja tasuma ostuhinna.¹⁴⁰⁴ Selliselt ei muuda ostja enneaegne asendustehing poolte lepingulisi õigusi ja kohustusi ning müüjal säilib nii soorituse tegemise kohustus kui ka õigus. Nii võib müüja kuni lepingust taganemise või kahju täitmise asemel nõude esitamiseni kohustuse täitmist pakkuda, seda isegi juhul, kui ostjal puudub müügieseme vastu huvi, ostja aga ei või keelduda täitmise vastuvõtmistest, ilma et ta satuks vastuvõtvuivitusse.¹⁴⁰⁵ Samas leitakse aga, et kui müüja kohustuse täitmist ei paku, on ostjal õigus arvestada kahju enneaegselt tehtud asendustehingu alusel lähtu-valt kahju hüvitamise üldsätetest. Keskse põhjendusena märgitakse, sellises olukorras

¹⁴⁰² Vt ptk 5.1.2.2.1.

¹⁴⁰³ Vt ka ptk 5.1.2.1.1 ja ptk 5.1.2.2.1.

¹⁴⁰⁴ SMG-eelse BGB osas BGH NJW 1998, 2901 (2903), Schmidt-Ahrendts, S. 85–86; vt ka Mükö/Ernst, vor § 280, Rn 56; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn B 140; mõnevõrra teisti Habermatzl, S. 1328 ff.

¹⁴⁰⁵ Vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 358–359, Rn 362.

oleks ostjale kahju hüvitamata jätmine üksnes ettekäändel, et ostja on teinud asendustehingu enne lepingust taganemise õiguse tekkimist, alusetu. Samuti puuduks nõude rahuldamata jätmiseks mõistlik põhjus ja vajadus.¹⁴⁰⁶ Seega on enneaegse asendustehinguga seotud hinnavahe kahju hüvitatav, kui müüja täiendava tähtaja möödumiseni täitmist ei paku.¹⁴⁰⁷ Kui müüja pakub täitmist peale täiendava tähtaja möödumist, kuid enne ostja poolt lepingust taganemist või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist, võib ostja nõuda hinnavahe hüvitamist niivõrd, kui ta ei ole sellist õigust kaotanud või kuni ta võtab täitmise vastu.¹⁴⁰⁸

Samas leitakse, et alates BGB võlaõiguse moderniseerimisseaduse (SMG) jõustumisest 2002. aastal on õiguslik olukord oluliselt muutunud ja uue regulatsiooni järgi võib ostja asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist nõuda *üksnes tingimusel*, et on täidetud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise eeldused BGB § 281 järgi.¹⁴⁰⁹ See tähendab mh, et hinnavahe hüvitise nõudmiseks peab ostja olema andnud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja selline tähtaeg peab olema edutult möödunud. Kui ostja täiendavat tähtaega ei määra või ei ole see edutult möödunud, ei saa ostja nõuda asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist.¹⁴¹⁰ Sellist tõlgendust õigustatakse põhjendusega, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekut õigustavaks kohustuse rikkumiseks ei ole mitte kohustuse kokkulepitud tähtpäeval täitmata jätmine, vaid *kohustuse rikkumise kõrvaldamata jätmine täiendava tähtaja jooksul*.¹⁴¹¹ Kuna enneaegse asendustehingu puhul ei ole kahju tekkinud rikkumise täiendava tähtaja jooksul kõrvaldamata jätmise tõttu ja sellised kulutused (kahju) on tingitud võlausaldajast endast, mitte aga võlgnikust, siis ei kuulu selline kahju hüvitamisele.¹⁴¹² Samuti võib enneaegse asendustehingu tegemine tuua

¹⁴⁰⁶ BGH NJW 1998, 2901 (2903); Schmidt-Ahrendts, S. 85–86; teisiti Lorenz (2012), S. 162 ff; Medicus/Lorenz, Rn 498.

¹⁴⁰⁷ Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 370 ff; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn B 140, Rn E 99; sellisel juhul võib võlausaldaja arvestada kahju nii konkreetselt kui ka abstraktselt, vt Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 371; MüKo/Ernst, vor § 281, Rn 56.

¹⁴⁰⁸ Soergel/Benicke/Hellwig, § 280, Rn 373. Vt võlausaldaja kohustuse osas võtta vastu hilinenud täitmise pakkumine ptk 4.3.5.

¹⁴⁰⁹ Vt selle kohta põhjalikult Lorenz (2012), S. 147 ff. Lorenz märgib tabavalt, et enamik teisel arvamusel olevaid autoreid õigustavad oma seisukohti SMG-eelse BGB regulatsiooni järgse BGH praktikaga. Uuenenud regulatsioon ei näe ette võimalust arvestada täitmise asemel kahjunõude järgset kahju tulenevalt enneaegselt tehtud asendustehingust. Seda mh juhul, kui hiljem selgub, et rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendav tähtaeg on osutunud edutuks. Võlausaldaja ei saa põhimõtteliselt hakata kahjusid tagantjärele ümber kvalifitseerima ja seeläbi õigustusi otsima, vt Lorenz (2012), S. 157 ff.

¹⁴¹⁰ Haberzettl, S. 1329 ff; Dörnhofer, S. 179–180, kes tugineb oma argumentatsioonis mh Saksa-maa Liidukohtu lahenditele BGH NJW 2010, 44 (45) (Rn 20), BGH NJW 2010, 2426 (2427) (Rn 13), mis tema hinnangul toetavad tõlgendust, et enneaegselt asendustehingust tulenev kahju ei ole hüvitatav kahju täitmise asemel sätete järgi; sarnaselt ka Benicke, S. 200; vt ka Faust, S. 239 ff, 246 ff; vt temaatika kohta põhjalikult Lorenz (2012), S. 147 ff; asjaolud, mil võlausaldaja ei pea määrama täiendavat tähtaega ja võib nõuda koheselt kahju hüvitamist täitmise asemel, sätestab BGB § 281 lg 2.

¹⁴¹¹ Haberzettl (2006), S. 102 ff, S. 111 ff; vt ka MüKo 7/Ernst, § 281, Rn 48-52; BeckOK/Faust, § 437, Rn 95 ff.

¹⁴¹² Haberzettl, S. 1329 ff; Lorenz (2012), S. 160.

kaasa tulemuse, kus müüja poolt kohustuse rikkumise kõrvaldamine on muutunud ostjast tulenevalt võimatuks. Sellist riski ei peaks aga kandma müüja.¹⁴¹³

Eeltoodu ei tähenda aga, et enneagse asendustehingu korral kaotab ostja hinna-vahe hüvitamise nõude täielikult. Uuemas Saksa kirjanduses leitakse, et vaatamata asjaolule, et ostjal puudub sellisel juhul õigus arvestada kahju tehtud asendustehingu järgi, võib ostja endiselt arvestada kahju abstraktselt.¹⁴¹⁴ See eeldab aga, et ostja näol on tegemist majandus- või kutsetegevuses tegutseva isikuga ja et müügieseme suhtes eksisteerib mõistlik turg.¹⁴¹⁵ Seejuures tuleks kahju arvestamisel võtta aluseks turuhind täiendava tähtaja möödumise seisuga, kuna alates sellest hetkest tekib ostjal õigus sõlmida asendustehing.¹⁴¹⁶

Autori hinnangul tuleks VÕS-i kontekstis lähtuda tõlgendusest, et asendustehingule kantud kulu (kahju) hüvitamist saab ostja nõuda *üksnes tingimusel*, et ta on andnud müüjale rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja ja see on edutult möödunud.¹⁴¹⁷ Sealjuures ei oma tähendust, kas nõue tuleb jätta rahuldamata seetõttu, et sellisel juhul ei ole müüja rikkunud kohustust kõrvaldada rikkumine täiendava tähtaja jooksul või tulenevalt asjaolust, et täidetud ei ole täiendava tähtaja edutu möödumise eeldus VÕS § 115 lg 2 ls 1 järgi. Nõustuda tuleb seisukohaga, et enneagse asendustehingu puhul on ostjale tekkinud kahju tingitud temast endast, mitte aga müüjast. Ostja nõude tagantjärele õigustamine ei ole aga võimalik, kuna hinnang nõude esitamise õigustatusele (nagu ka lepingust taganemisele) antakse *ex ante*. Teisisõnu, nõude maksmapaneku õigustamatust ei ole võimalik tagantjärele kõrvaldada.

Nõustuda tuleb nende Saksa autoritega, kelle hinnangul ei välista enneaegselt tehtud asendustehing ostja õigust arvestada kahju abstraktselt. Kuna enneagne asendustehing on õiguslikult tähendusetu ja seda ei saa kahju arvestamisel arvesse võtta (piltikult öeldes tuleb see ära unustada), siis on ostjal endiselt õigus arvestada kahju VÕS § 135 lg 2 järgi abstraktselt.¹⁴¹⁸ Eelneva võib kokku võtta järgmise näidis-kaasusega.

Näide 3: M müüb O-le kaupa hinnaga 10 000 EUR. Kuna M ei anna O-le kaupa kokkulepitud tähtpäevaks 01.02 üle, määrab O M-le rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja kuni 20.02. Viis päeva enne täiendava tähtaja möödumist (15.02) teeb O asendustehingu, soetades kauba M2-lt turuhinnaga 12 000 EUR. Täiendava tähtaja edutul möödumisel taganeb O lepingust. Kuna O on teinud asendustehingu enne täiendava tähtaja edutut möödumist, ei saa ta nõuda asendustehingule kantud kulutuste

¹⁴¹³ Vrdl Lorenz (2012), S. 165 ff; Faust, S. 259; samuti Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 4-4a.

¹⁴¹⁴ Haberzettl, S. 1330; MüKo/Ernst, § 280, Rn 69 (puudusega asja korral); Lorenz (2012), S. 158; Dörnhofer, S. 180.

¹⁴¹⁵ Vt kahju abstraktse arvestamise võimalikkuse kohta põhjalikult Steindorff, S. 431 ff; Rodemann, S. 634 ff; MüKo 7/Ernst, vorb § 281, Rn 27–30.

¹⁴¹⁶ Jauernig/Stadler, § 281, Rn 19; Haberzettl, S. 1330.

¹⁴¹⁷ Täiendava tähtaja andmine ja selle edutu möödumine ei ole nõutav, kui esinevad täiendava tähtaja andmise kohustust välistavad erandlikud asjaolud VÕS § 115 lg 3 järgi või on ostjal tekkinud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õigus VÕS § 223 järgi.

¹⁴¹⁸ Ebaselge on, kas võlausaldaja võib arvestada hinna-vahe hüvitist abstraktselt ka VÕS § 127 lg 1 alusel. Võttes arvesse, et VÕS § 135 lg 2 kohaldamisala ei piirdu majandus- või kutsetegevuse raames sõlmitud lepingutega, tuleks autori hinnangul sellist võimalust pigem tunnustada.

hüvitamist VÕS § 115 lg 2 ja § 127 lg 1 järgi. Kuna lepingust taganemise tulemusena on pooltevaheline täitmissuhe aga lõppenud, siis võib O nõuda M-lt hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 lg 2 järgi, s.o kauba lepingujärgse hinna (10 000 EUR) ning lepingust taganemise ajal kohustust rikkunud lepingupoole lepingujärgse kohustuse turuhinna (12 000 EUR) vahe tasumist. Seega olukorras, kus kaubal on turuhind, saavutab ostja kahju abstraktsel arvestamisel sarnase tulemuse, kui ta oleks teinud asendustehingu peale lepingust taganemist.¹⁴¹⁹ Kui turuhind vahepealsel perioodil ei muutu, saavutab O asendustehingule kantud kulude hüvitamise. Kui M aga pakub O-le täiendava tähtaja jooksul (nt 18.02) kohustuse täitmist, tuleb O-l kohustuse täitmine vastu võtta ja tasuda M-le ostuhind. Sellisel juhul ei saa O nõuda M-lt hinnavahe hüvitamist ka abstraktselt ja tal tuleb kanda enneaegse asendustehingu tegemisega seotud riisikot. See ei piira aga O õigust nõuda M-lt kohustuste täitmisega viivitamisest põhjustatud kahjude hüvitamist. Sellised tüüpilised viivituskahjud kvalifitseeruvad aga kahjuks täitmise kõrval, mille ese on märkimisväärselt erinev.¹⁴²⁰

Alapeatüki alguses kirjeldatud näite 2 lahendus oleks aga järgmine: kuna O taganeb täiendava tähtaja edutul möödumisel lepingust, lõpeb O kohustus tasuda ostuhind (VÕS § 188 lg 2) ja juba tasutud ostuhinna saab ta tagasi nõuda (VÕS § 189 lg 1). O ei saa arvestada kahjuna C-ga sõlmitud asendustehingule kantud lisakulu (10 000 EUR), kuna asendustehing on sõlmitud enne rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutut möödumist. Kui kaubal on aga turuhind, võib O arvestada kahju abstraktselt ja nõuda M-lt hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 lg 2 järgi. Kui turuhind langeb kokku C-ga sõlmitud asendustehingu hinnaga (st kui turuhind vahepealsel perioodil ei muutu), saab O nõuda M-lt 10 000 EUR hüvitamist.

5.2.2 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemata

5.2.2.1 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames

Kui eelnevalt käsitleti ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 kõrval kahju hüvitamise üldsätete alusel (VÕS § 127), siis järgnevalt analüüsitakse ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist olukorras, kus ostja ei ole lepingust taganenud või puudub tal selleks õigus. Teisisõnu otsitakse vastust küsimusele, kas hinnavahe hüvitise nõude saab maksta panna kahju hüvitamise nõude raames ka lepingust taganemata.

Võttes arvesse, et VÕS § 135 ei ole hinnavahe hüvitamist piirav, vaid üksnes nõude maksmapanekut lihtsustav säte,¹⁴²¹ samuti pidades silmas kahju hüvitamisel aluseks olevat totaalreparatsiooni põhimõtet, võib üldistatuna väita, et ostjal peaks põhimõtteliselt olema õigus nõuda hinnavahe hüvitamist ka lepingust taganemata. Seejuures on tähelepanuväärne, et erinevalt VÕS §-st 135 ei eelda VÕS § 127 järgi hinnavahe hüvitise (kahju) arvestamine, et ostja oleks lepingust eelnevalt taganenud.

¹⁴¹⁹ Vt abstraktselt arvestatava hinnavahe hüvitise regulatsiooni eesmärkide kohta ptk 5.1.1.

¹⁴²⁰ Täitmise kõrval ja täitmise asemel kahju piiritlemise kohta vt ptk 1.3.1.

¹⁴²¹ Vt ptk 5.1.1 ja ptk 5.2.1.

Teisisõnu, kui õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lepingust taganemata puudub, võib ostja jaoks olla tulemus järgmine.

Näide 1: O ja M lepidvad kokku hinnalise Picasso maali „Les Demoiselles d’Avignon” müügis hinnaga 500 000 EUR. Kauba üleandmise tähtpäeval M maali O-le *üle ei anna*, mille tulemusena määrab O M-le kohustuste rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja VÕS § 114 lg 1 järgi. Selle peale teavitab M, et kuna talle maali müüa lubanud koostööpartner on võõrandanud selle kolmandale isikule, siis ei ole ta võimeline lepingut täitma (oluline rikkumine VÕS § 116 lg 2 p 1, p 4 ja p 5 tähenduses). Vaatamata sellele ei esita O (mis tahes põhjustel) VÕS § 118 lg 1 tähenduses mõistliku aja jooksul lepingust taagnemise avaldust. Kuna VÕS § 118 lg 1 näol on tegemist taganemisõigust lõpetava tähtajaga, on O lepingust taganemise õigus pöördumatult lõppenud. Võttes arvesse, et maali turuväärtus on minimaalselt 750 000 EUR, soovib O nõuda M-lt kasumlikust tehingust tekkinud kahju 250 000 EUR hüvitamist. Kas O saab nõude maksma panna?

Kui kirjeldatud näites seisneb müüja rikkumine kohustuste mittetäitmisel, siis teine keskne müüja rikkumine on müügieseme lepingutingimustele mittevastavus.

Näide 2: M müüb O-le kaupa, millel ilmnevad puudused. O teavitab M-i puudustest, kuid vaatamata sellele M puudusi ei kõrvalda, mistõttu rikub ta oluliselt lepingut (VÕS § 223 ja § 116 lg 2 p 5 järgi). Kuna O mõistliku aja jooksul lepingust ei tagane, kaotab ta taganemisõiguse (VÕS § 118 lg 1). Võttes arvesse, et kaubas esinevad olulised puudused ja nende kõrvaldamine on O jaoks ebamõistlikult tülikas, samuti on O kaotanud M-i suhtes usalduse, otsustab O sõlmida turutingimustel asendustehingu ja nõuda sellega seotud lisakulud M-lt sisse. Ühtlasi on O valmis M-le puudustega kauba tagastama. Kas M-l tuleb hüvitada O-le asendustehinguga seoses kantud lisakulu?

Mõlema kirjeldatud näite kesksed tunnused on, et: 1) M on rikkunud oluliselt lepingut; 2) O on kaotanud õiguse lepingust taganeda, kuna ei ole teinud taganemisavaldust tähtaegselt (VÕS § 118 lg 1). Kas O saab vaatamata lepingust taganemise õiguse lõppemisele nõuda M-lt hinnavahe hüvitamist – näite 1 puhul tehingust saamata jäänud kasu ja näite 2 puhul asendustehingule kantud lisakulu hüvitamist? Sellistele küsimustele vastuse leidmine viib meid tagasi küsimuse juurde, miks eeldab VÕS § 135 järgse hinnavahe hüvitise nõue, et ostja oleks eelnevalt lepingust taganenud.¹⁴²² Nagu eelnevalt analüüsitud, on lepingust eelnevalt taganemise tingimuse peamine põhjus asjaolu, et hinnavahe hüvitamise nõude tulemus on, et ostja soovib vabaneda müüja täitmisest ja saavutada edaspidi lepingu täitmisega silmas peetud positiivse huvi kahju hüvitamise kaudu. Nii vabastab lepingust taganemine pooled täitmisuhtega seotusest, taastades võlausaldaja dispositsioonivabaduse,¹⁴²³ mille tulemusena ei saa müüja edaspidi kohustuse täitmist pakkuda ja ostjal puudub kohustus pakutud täitmine vastu võtta. Seega tagab lepingust taganemine ostjale vabaduse otsustada edasiste käsutuste üle, mh võib ostja sõlmida lepingu eesmärgi saavutamiseks asendustehingu ja käsitleda seda algse lepingu surrogaadina.¹⁴²⁴ Seega on ostja hinnavahe hüvitise nõude esitamise õigus vahetult seotud ostjal **dispositsioonivabaduse**

¹⁴²² Vt ptk 5.1.2.1.1.

¹⁴²³ MüKoHGB/Mankowski, art 75, Rn 3; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 7.

¹⁴²⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 75, Rn 5; Schmidt-Ahrendts, S. 69.

olemasoluga. Teisipidi, üksnes dispositioonivabaduse saavutamine tagab ostjale õiguse keelduda müüja täitmise pakkumise (ja heastamise) vastuvõtmisest. Sellega seoses kerkib paratamatult ües küsimus, kas võlausaldaja (ostja) saab lisaks lepingust taganemisele saavutada sarnase dispositioonivabaduse ka muul moel.

Töö teises kuni neljandas osas analüüsiti ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise eeldusi ja tagajärgi. Mh ilmnes, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esmane ja kõige kesksam tagajärg on, et nõude esitamisega lõpeb ostja täitmisenõue ning müüja õigus ja kohustus täitmist pakkuda.¹⁴²⁵ Seega sätestab kahju hüvitamise täitmise asemel nõue tingimused, millal ostja võib nõuda müüjalt kohustuse natuuras täitmise asemel kahju hüvitamist. Teisisõnu reguleerib kahju hüvitamise täitmise asemel nõue tingimusi, millal võlausaldajal **tekib õigus vabaneda müüja täitmisega seotusest**. Selles osas sarnaneb kahju hüvitamise täitmise asemel nõue lepingust taganemisega: mõlemal juhul vabaneb võlausaldaja võlgniku täitmisega seotusest ja saavutab dispositioonivabaduse. Seejuures erinevad lepingust taganemine ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõue peamiselt seeläbi, et kui lepingust taganemine lõpetab pooltevahelise täitmissuhte vastastikku täielikult,¹⁴²⁶ siis kahju hüvitamise täitmise asemel nõue lõpetab üksnes võlgniku täitmiskohustuse, mis asendub kahju hüvitamise kohustusega.¹⁴²⁷ Nõudes müüjalt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võib ostja nõuda müüjalt müügieseme väärtuse või asendustehingule kantud kulude hüvitamist.¹⁴²⁸

Sellisel erineb VÕS-i regulatsioon oluliselt CISG-st, PECL-st ja PICC-st, milles puudub eraldiseisev kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon. Kõigis viidatud regulatsioonides on ostjal dispositioonivabaduse saavutamine võimalik *üksnes* läbi lepingust taganemise.¹⁴²⁹ Teisisõnu, kui viidatud regulatsioonides võib ostja nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes tingimusel, et ta on lepingust eelnevalt taganenud, siis VÕS-i järgi saab ostja saavutada sarnase tulemuse ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames. Seda põhjusel, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine *lõpetab ostja täitmisenõude ja sellega seotud müüja täitmiskohustuse (täitmisõiguse) täielikult*,¹⁴³⁰ andes ostjale õiguse nõuda müügieseme väärtuse või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist.¹⁴³¹

VÕS-i lahendus ei ole siiski midagi unikaalselt, põhinedes BGB §-del 280–281.¹⁴³² Nii ei näe ka BGB §-d 280–281 ette, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude

¹⁴²⁵ Vt ptk 4.2 ja 4.3.

¹⁴²⁶ Vt ptk 4.4.3.2 ja ptk 4.4.3.5.

¹⁴²⁷ Vt ptk 4.2. Sõltuvalt nõude sisust ja ulatusest võib ostja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel kas piiratud või kogu täitmise asemel.

¹⁴²⁸ Vt ptk 1.3.2, ptk 2.4 ja ptk 3.2.4.

¹⁴²⁹ Clevinghaus, S. 120–121, S. 125; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 9 ff; StaudingerCISG/Magnus, art 75, Rn 7; MüKo/Ernst, § 325, Rn 9; puuduste kõrvaldamisele kantud kulude hüvitamise võimaluse kohta CISG-s ja CESL-s vt Pavelts/Sein, p 147 ff. Vt ka ptk 5.1.2.1.3.

¹⁴³⁰ Vt ptk 4.2.

¹⁴³¹ Vt 1.3.2, ptk 2.4 ja ptk 3.2.4. Tasaarvestades sellised nõuded müüja ostuhinna tasumise nõudega realiseerubki ostja õigus hinnavahe hüvitamisele, vt selle kohta ptk 2.5.1.

¹⁴³² VÕS Komm I (2016)/Kõve, § 115, lk 590; VÕS Komm I/Kõve, § 115, lk 391.

maksmapanek oleks seotud eelneva lepingust taganemisega.¹⁴³³ Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude eeldused on üksikasjalikult reguleeritud BGB §-des 280–283 ja lepingust taganemine selliste tingimuste hulka ei kuulu. Seda sõltumata sellest, kas võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratult.¹⁴³⁴ Teisisõnu, võlausaldaja õigus nõuda kahju hüvitamist on iseseisev õiguskaitsevahend, mis on ammendavalt reguleeritud ja mille maksmapanek ei eelda lepingust taganemist.¹⁴³⁵

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames võib võlausaldaja BGB § 280 ja § 281 järgi nõuda kõigi talle võlgniku kohustuse rikkumisest põhjustatud kahjude hüvitamist lähtuvalt kahju üldregulatsiooni sätetest (BGB § 249 jj). Sarnaselt VÕS-le on ka BGB-s kahju kindlaksmääramise alus diferentsihüpoteesi põhimõtte ja lepingulise kahjuhüvitise eesmärk on kompenseerida võlausaldajale lepingu täitmisega seotud positiivne huvi.¹⁴³⁶ Nii hüvitatakse kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames võlausaldajale võlgniku *soorituse väärtus*, mille võrra oleks võlausaldaja varaline positsioon võlgniku kohustuste kohasel täitmisel suurem olnud.¹⁴³⁷ Millises ulatuses võlausaldaja kahju hüvitamist nõuda võib, sõltub sellest, kas ta soovib vabaneda võlgniku täitmisest üksnes piiratult või täielikult. Ostja võimalike nõuete sisu illustreerib järgmine kaasus.

Näide: O ostab M-lt kaupa, millel ilmnevad puudused. O määrab M-le puuduste kõrvaldamiseks täiendava tähtaja, kuid see osutub edutuks. Nüüd soovib O teada saada, millised õigused tal on ja millise kahju hüvitamist ta M-lt nõuda saab.

BGB-s reguleerivad O kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet §-d 280–281 koosmõjus § 437 p 3. BGB § 281 lg 1 ls 1 järgi võib võlausaldaja (ostja O) nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, kui võlgnik (müüja M) ei täida kohustust täiendava tähtaja jooksul.¹⁴³⁸ Millise kahju hüvitamist võib O nõuda? *Esiteks* võiks O-l olla huvi puudusega kaup endale jätta ja nõuda puudusest tingitud kauba madalama väärtuse või puuduse kõrvaldamise kulude hüvitamist. *Teiseks* võiks O-l olla huvi vabaneda M-i-poolsest sooritusest ja nõuda asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist või puudusteta kauba väärtuse hüvitamist. Millised on O võimalused?

¹⁴³³ Vrdl nt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Kap C „Voraussetzungen”, Rn 208 ff; Schlechtriem (2006), S. 383–384; MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 9, fn 23.

¹⁴³⁴ Vt nt BeckOK/Unberath, § 281, Rn 9–31; MüKo/Ernst, § 325, Rn 5 ff; Schulze/Schulze, § 281, Rn 3–8; Staudinger/Schwarze, § 281, B 1–B 87.

¹⁴³⁵ Vt BGB § 280–281, mis sätestavad ammendavalt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise eeldused; põhjalikult nt Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Kap C „Voraussetzungen”, Rn 208 ff; MüKo 7/Ernst, § 281, komm, § 325, Rn 5 ff; BeckOK/Unberath, § 281, Komm. III „Voraussetzungengeng”; BeckOK/Schmidt, § 325, Rn 6 ff; Palandt/Grüneberg, § 281 Komm; Staudinger/Schwarze, § 281 Komm.

¹⁴³⁶ Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 17; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 4 ff.

¹⁴³⁷ BeckOK/Unberath, § 281, Rn 36 ff; Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 35, 36, 58; Soergel/Benicke/Hellwig, § 281, Rn 240 ff; selline kahju hüvitamise eesmärk kattub sisuliselt sõna-sõnalt VÕS §-s 127 sätestatud kahju hüvitamise eesmärgiga.

¹⁴³⁸ Seega on BGB § 281 ja VÕS § 115 lg 2 ls 1 näol tegemist sisuliselt identsete regulatsioonidega.

Esmalt saab O nõuda M-lt kauba puudusest tingitud madalama väärtuse ja kohase täitmise väärtuse vahe hüvitamist või *parandamiskulude* hüvitamist.¹⁴³⁹ Sellise kahjunõude näol on tegemist nn väikese kahjuga („*kleiner Schadensersatz*”) ehk piiratud kahju hüvitamise nõudega täitmise asemel.¹⁴⁴⁰ Nõude maksmapanekul jääb müügiese O-le (võlausaldaja säilitab müügieseme omandiõiguse ja asja valduse) ning kahjuhüvitis kompenseerib O-le soorituse puudusest tingitud otsesed negatiivsed tagajärjed.¹⁴⁴¹ Teiseks on O-l õigus nõuda kahju hüvitamist kogu M-i soorituse asemel („*grosser Schadensersatz*” ehk nn suure kahju hüvitamist) (BGB § 281 lg 1 ls 3).¹⁴⁴² Sellisel juhul võib O nõuda *puudusteta kauba väärtuse* või *asendustehingule kantud kulutuste* hüvitamist,¹⁴⁴³ s.o kahju arvestatakse lähtuvalt O täitmata jäänud soorituse väärtusest.¹⁴⁴⁴ O saab nõuda ka ostuhinna ja asendustehingu ostuhinna vahe (*hinna-vahe hüvitamist*).¹⁴⁴⁵ Selline O suure kahju hüvitamise nõue, millega O soovib loobuda kogu M-i täitmisest ning asendada selle kahju hüvitamise kohustusega, on välistatud üksnes juhul, kui M-i üleantud müügieseme mittekohasus on vähese tähtsusega (BGB § 281 lg 1 ls 3).¹⁴⁴⁶ Mõlema sellise O kahjunõude näol on tegemist kahjuga, mille tekkimise oleks võlgnik rikkumise kõrvaldamisega saanud ära hoida ehk tegemist on kahjunõudega täitmise asemel.¹⁴⁴⁷

O nõuete arvestamise osas on tähelepanuväärne märkida, et üldiselt tunnustatakse võlausaldaja *valikuõigust* arvestada kahju kas *abstraktselt* või *konkreetselt*.¹⁴⁴⁸ Nii saab ostja kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisel arvestada kahju abstraktselt selliselt, et nõuab lepingujärgse ostuhinna ja kauba turuhinna vahe hüvitamist. Nt kui pooled on leppinud ostuhinnana kokku 7000 EUR, kuid kauba turuhind on 8000 EUR, saab ostja arvestada kahju abstraktselt ja nõuda 1000 EUR hüvitamist.¹⁴⁴⁹

¹⁴³⁹ BeckOK/Faust, § 437, Rn 57, Rn 136; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 34, Rn 40; vt ka MüKo/Ernst, § 281, Rn 127; Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E 104.

¹⁴⁴⁰ Vt nn suure ja väikese kahju mõiste kohta ptk 1.3.3.

¹⁴⁴¹ Vt ka Stadler/Jauernig § 281, Rn 27 ff.

¹⁴⁴² V.a kui puudus on marginaalne (vähetähtis), vt BGB § 281 lg 1 ls 3.

¹⁴⁴³ Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E 98 f, Rn 138, B 141 f; BeckOK/Unberath, § 281, Rn 57, Rn 136; vt ka MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 54 ff; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 38; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 26; BGH NJW 2013, 2959.

¹⁴⁴⁴ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 58.

¹⁴⁴⁵ MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 54; vt ka Schwarze, § 25, Rn 18; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 18 ff.

¹⁴⁴⁶ Vrdl VÕS-i järgi ostja nõude ulatuse piiranguid, vt ptk 2.4, ptk 3.2.4 ja ptk 3.3.2.2. Sellisel juhul ei saa O ka lepingust taganeda (BGB § 323 lg 5 ls 2). Vt ka Jauernig/Stadler, § 281, Rn 27 ff.

¹⁴⁴⁷ BeckOK/Unberath, § 281, Rn 57.

¹⁴⁴⁸ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 71 ff; MüKo/Ernst, vor § 281, Rn 24 ff ja Rn 40 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 17, Rn 30; BGH NJW 1951, 918; abstraktse kahjuhüvitise nõudmise õiguse kohta vt lisaks: BeckOK/Unberath, § 281, Rn 39, 43; Jauernig/Stadler, § 281, Rn 19; MüKo/Ernst, vor § 281, Rn 50 ff, § 281, Rn 55, Rn 100; põhjalikult Steindorff, S. 431 ff. Konkreetsest asendustehingust tuleneva kahjunõude osas vt Huber (Leistungsstörungen II), § 38 III 1, S. 242 ff; Rabel, S. 500; Schwarze, § 25, Rn 18.

¹⁴⁴⁹ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn 77, § 281, Rn B 146; MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 40 ff; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 26.

Sealjuures ei saa müüja reeglina esitada ostja nõudele vastuväidet, et müügiese oli ostjale kasutu¹⁴⁵⁰ või et ostjal puudub soov selle edasi võõrandamiseks.¹⁴⁵¹

Kuna VÕS-i kahju hüvitamise täitmise asemel nõude **regulatsioon sisuliselt jälgendab BGB vastavaid sätteid**, on eelnevalt analüüsitut autori hinnangul edukalt laiendatav ka VÕS-le. Teistpidi, puuduvad kaalukad põhjendused, miks tuleks kahju hüvitamise täitmise asemel nõuet käsitleda VÕS-s põhimõtteliselt erinevalt BGB-st. Seega saab väita, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames võib ostja nii Eesti kui ka Saksa õiguse järgi nõuda hinnavahe tasumist või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist.¹⁴⁵² Teisisõnu, kui sätte eeskujuks olnud BGB järgi saab ostja nõuda kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude raames hinnavahe hüvitamist, peaks see olema võimalik ka VÕS-i järgi. Rõhutada tuleb, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude raames hinnavahe hüvitise nõude esitamine ei eelda BGB ega VÕS-i järgi, et ostja oleks eelnevalt lepingust taganenud. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise näol on tegemist *erinevate õiguskaitsevahenditega*, millel on erinev kohaldamisala, reguleerimise eesmärk ja õiguslikud tagajärjed.¹⁴⁵³ Küll aga on kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja lepingust taganemise õigus nn „elektiivses konkurentsisis”, s.o ostja ei saa kasutada mõlemat õiguskaitsevahendit samaaegselt.¹⁴⁵⁴

Peatüki alguses püstitatud küsimusele, kas ostja saab nõuda müüjalt hinnavahe hüvitamist ka lepingust taganemata, *saab vastata järgnevalt*: kuna ostja saab vabaneda müüja täitmisega seotusest ja saavutada dispositsioonivabaduse ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise kaudu, siis võib ostja nõuda hinnavahe hüvitamist ka lepingust taganemata. Nõudes kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võib ostja nõuda müüjalt müügieseme väärtuse (turuhinna) või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist. Sellise kahju hüvitamise nõude võib ta tasaarvestada müüja ostuhinna tasumise nõudega, mille tulemusena realiseerubki ostja õigus hinnavahe hüvitisele. Peatüki sissejuhatuses toodud näidiskaasuste lahendused oleksid aga järgmised.

Näide 1 (lahendus): kuna M on võõrandanud „Les Demoiselles d'Avignon” C-le, siis on tema kohustuste täitmine O ees muutunud võimatuks. Kuigi O õigus lepingust taganeda on lõppenud VÕS § 118 lg 1 sätestatud tähtaja möödumise tõttu, võib O endiselt nõuda müügieseme väärtuse või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist. O võib panna nõude maksma ilma M-le täiendavat tähtaega määramata, kuna täitmise võimatusest tulenevalt on ilmne, et täiendava tähtaja andmisel ei oleks tulemust (VÕS § 115 lg 3 ja VÕS § 116 lg 2 p 1, p 4). Kuna O poolt asendustehingu sõlmimine kõne alla ei tule (tegemist on eritunnustega müügiesemega), saab ta nõuda M-lt, et see hüvitaks müügieseme väärtuse rahas, s.o kompenseeriks 750 000 EUR.

¹⁴⁵⁰ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn E 100.

¹⁴⁵¹ MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 55.

¹⁴⁵² V.a juhul, kui puudus on marginaalne (vähetähtis) (BGB § 281 lg 1 ls 3). Samuti saab ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames nii Eesti kui ka Saksa õiguse järgi nõuda puuduste kõrvaldamise kulutuste või müügieseme mittekohasusest tingitud madalama väärtuse hüvitamist (nn väike kahju).

¹⁴⁵³ Vt täpsemalt ptk 4.4.3.

¹⁴⁵⁴ Staudinger/Schwarze, § 280, Rn D 2; vt ka Derleder/Zänker, S. 2777 ff; Bressler, S. 3382 ff; BGH NJW 06, 1198 ff.

Nõude esitamise tulemusena on poolte algsed kohustused *ümber kujunenud järgmiselt*: O-l on kohustus tasuda ostuhind 500 000 EUR, M-l aga kohustus hüvitada kahju summas 750 000 EUR, mis on täitmise surrogaadina astunud M-i algse naturaalkohustuse (maali omandi ja valduse tagamise kohustuse) asemele. O saab vastastikused nõuded tasaarvestada (VÕS § 198) ja nõuda seda ületavas osas M-lt kahju hüvitamist, s.o 250 000 EUR tasumist. Seejuures ei piira hinnavahe hüvitamise nõue O õigust nõuda talle M-i kohustuste rikkumisest tekkinud muude kahjude hüvitamist. Nt kui O on kaotanud võimaluse müüa maal C-le hinnaga 800 000 EUR, võib ta nõuda M-lt täiendavalt 50 000 EUR hüvitamist saamata jäänud tulu näol.¹⁴⁵⁵ Kuna M ei ole O-le kohustuste täitmisena midagi üle andnud, puudub tal O suhtes ka tagastamisnõue (VÕS § 115 lg 4 ls 2).

Näide 2 (lahendus): kuna M ei ole O poolt asja lepingutingimustele mittevastavusest teavitamise järgselt müügieseme puudusi mõistliku aja jooksul kõrvaldanud, on M rikkunud oluliselt müügilepingust tulenevaid kohustusi (VÕS § 223 ja § 116 lg 2 p 5). Lepingust taganemise õiguse lõppemine (VÕS § 118 lg 1) ei tähenda, et O oleks kaotanud õiguse nõuda M-lt kahju hüvitamist täitmise asemel, kuna O kahjunõudele VÕS § 118 lg 1 ei kohaldu.¹⁴⁵⁶ M-i poolt kohustuste olulise rikkumise tulemusena on O-l tekkinud õigus nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel (VÕS § 223, § 115 lg 3). Võttes arvesse, et M-i rikkumine *ei kvalifitseeru ositi täitmiseks* VÕS § 115 lg 4 ls 1 tähenduses, on O-l *õigus valida*, kas ta nõuab nn väikese või suure kahju hüvitamist.¹⁴⁵⁷ Nn väikese kahjunõude raames saab O nõuda M-lt müügieseme puudustest tingitud madalama väärtuse või müügieseme parandamiskulude hüvitamist. Nn suure kahjunõude korral saab O nõuda M-lt lubatud soorituse (puudusteta kauba) väärtuse hüvitamist või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist. Kui O otsustab nõuda nn suure kahju hüvitamist, tuleb tal tagastada M-le lepingu täitmisena viimaselt saadu, s.o puudustega kaup (VÕS § 115 lg 4 ls 2, VÕS § 189 lg 1, VÕS § 127 lg 5). Ühtlasi toob kogu täitmise asemel kahjunõude esitamine kaasa poolte kohustuste *ümberkujunemise järgmiselt*: O võib omal valikul nõuda M-lt kas kohase müügieseme väärtuse (turuhinna) hüvitamist või asendustehingule kantud kulutuste kompenseerimist. Selline M-i kahju hüvitamise kohustus on astunud esialgse naturaalkohustuse (puudusteta kauba valduse ja omandi üleandmise kohustuse) asemele täitmise surrogaadina. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ei lõpeta O ostuhinna tasumise kohustust, võib M endiselt nõuda O-lt selle tasumist. Pooled saavad vastastikused nõuded kattuvus ulatuses tasaarvestada (VÕS § 198) ja nõuda seda ületavas osas kohustuste täitmist.

Milline oleks aga eelmiste teadmiste kontekstis töö viienda osa **sissejuhatuses esitatud näidiskaasuse** lahendus?¹⁴⁵⁸ Kirjeldatud näites jättis M O2 ees kohustused täitmata, kuna oli võõrandanud kinnistu O-le. Sellises olukorras esitas O2 M-i vastu hinnavahe hüvitamise nõude, nõudes lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna vahe hüvitamist. Riigikohus, olemata seotud O2 õiguslike seisukohtadega (TsMS § 436 lg 7),

¹⁴⁵⁵ Ostja õiguse osas nõuda saamata jäänud tulu hüvitamist vt ptk 5.1.2.4 ja ptk 5.1.3.3.

¹⁴⁵⁶ Vt ptk 2.6.1.

¹⁴⁵⁷ Vt ka selgitusi ptk-des 2.4 ja 3.2.4.

¹⁴⁵⁸ Nagu peatüki sissejuhatuses märgitud, põhineb näidiskaasus Riigikohtu otsustel 3-2-1-165-09 ja 3-2-1-63-12.

kvalifitseeris O2 nõude VÕS § 135 lg 2 järgseks hinnavahe hüvitise nõudeks ja jättis hagi rahuldamata põhjusel, et O2 ei olnud taganenud lepingust VÕS § 118 lg 1 järgi õigeaegselt. Autori hinnangul **on Riigikohus jõudnud ebaõigetele järeldustele ja jätnud alusetult O2 nõude rahuldamata**. Nagu eelnevalt analüüsitud, ei eelda hinnavahe hüvitise nõude maksmapanek eelnevat lepingust taganemist. Hinnavahe hüvitamise nõue eeldab, et O2-l oleks tekkinud *dispositsioonivabadus*, mille viimane saab saavutada nii lepingust taganemise kui ka kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise teel. Seadusest ei tulene ühelgi viisil, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapanekuks tuleks võlausaldajal (ostja O2) eelnevalt lepingust taganeda. Samuti ei ole kahju hüvitamise täitmise asemel nõue piiratud VÕS § 118 lg 1 järgse tähtajaga.¹⁴⁵⁹ Kuna M-i kohustuste rikkumine oli tulenevalt täitmise võimatusest oluline (VÕS § 116 lg 2 p 1, p 4 ja p 5), oli O2-l õigus nõuda M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (VÕS § 115 lg 3). Autori hinnangul oleks Riigikohus *pidanud lahendama vaidluse järgmiselt*.

Kuna O2-l oli õigus nõuda M-lt kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, võis ta nõuda M-lt müügieseme väärtuse või asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist.¹⁴⁶⁰ Kuna O2 asendustehingut ei teinud, sai O2 nõude eesmärgist välja lugeda, et ta soovis M-lt müügiesemeks olnud kinnisasja, s.o M-i soorituse väärtuse hüvitamist. Selliselt kujunesid O2 poolt nõude esitamise tulemusena poolte õigused ja kohustused *ümber järgmiselt*: M-l tuli kompenseerida O2-le kinnistu väärtus (turuhind) 1,5 miljonit EUR, mis oli astunud M-i naturaalkohustuse asemele. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine O2 ostuhinna tasumise kohustust ei lõpetanud,¹⁴⁶¹ tuli O2-l tasuda M-le ostuhind 0,9 miljonit EUR. Võttes arvesse, et O2 nõudis M-lt 0,6 miljoni EUR hüvitamist, saab O2 nõudest välja lugeda, et ta oli poolte vastastikused kohustused konkludentselt tasaarvestanud, nõudes M-lt tasaarvestust ületavas osas kahju hüvitamist 0,6 miljonit EUR.¹⁴⁶² Seega oleks kohtud pidanud O2 nõude rahuldama ja kohustama M-i tasuma kahjuhüvitise.

5.2.2.2 Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise kõrval nõude raames

Eelnevalt analüüsi, millised on ostja võimalused nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames, samuti käsitleti ostja õigust panna nõue maksuma olukorras, kus ta on küll lepingust taganenud, kuid nõude esitamine VÕS § 135 järgi on mingil põhjusel välistatud. Mõlemal juhul jõuti järeldusele, et ostjal on põhimõtteliselt õigus nõuda hinnavahe hüvitamist. Peatüki viimases osas otsitakse

¹⁴⁵⁹ Vt ptk 2.6.1.

¹⁴⁶⁰ Vrdl Saksa õiguses Staudinger/Schwarze, § 281, Rn E 98 ff, Rn 138, B 141 ff; BeckOK/Unbe-rath, § 281, Rn 57, Rn 136; vt ka MüKo/Ernst, vorb § 281, Rn 54 ff; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 38; Palandt/Grüneberg, § 281, Rn 26; BGH NJW 13, 2959.

¹⁴⁶¹ Vt ptk 4.4.

¹⁴⁶² Kuna kohus ei ole hageja nõude lahendamisel seotud hageja esitatud õiguslike põhjendustega (TsMS § 436 lg 7), vaid üksnes hagi aluse ja esemega, oleks kohtud saanud hageja nõude edukalt ümber kvalifitseerida VÕS § 115 lg 2 ja § 127 lg 1 järgseks kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõudeks. Kohtud sellist võimalust aga isegi ei käsitlenud.

vastust küsimusele, kas ostja, kel puudub õigus lepingust taganeda ja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel, võib nõuda müüjalt hinnavahe hüvitamist ka nn lihtsa ehk täitmise kõrval kahjunõude raames VÕS § 115 lg 1 ja § 127 koosmõjus.

Esmapilgul näib, et suurema keerukusega saab sellisele küsimusele vastata jaa-tavalt. Kuna VÕS § 135 ei ole hinnavahe hüvitamist piirav säte ja ostja võib nõuda hüvitise tasumist ka VÕS § 127 järgi, samuti võttes arvesse kahju hüvitamise juures kehtiva totaalreparatsiooni põhimõtte, võiks väita, et ostjal peaks olema õigus nõuda ka hinnavahe hüvitamist. Ka VÕS §-st 127 ei tulene, et hinnavahe hüvitise nõudmine eeldab lepingust eelnevat taganemist. **Näide:** nii võiks ostja O, kellele müüja M jätab kauba tähtaegselt (01.02) üle andmata, nõuda M-lt 05.02 kahju hüvitamist soorituse väärtuse ulatuses (kauba turuhind 110 000 EUR, lepingujärgne ostuhind 100 000 EUR). Diferentsihüpoteesi järgi saab lugeda O-le kahju tekkinuks: kui M oleks kohustused kohaselt täitnud, oleks O varaline seis 05.02 müügieseme turuhinna (110 000 EUR) võrra suurem. Samuti on M-i kohustuse rikkumise ja O-l kahju tekkimise vahel põhjuslik seos: M-i kohustuse rikkumiseta oleks O varaline seis M-i soorituse väärtuse võrra suurem. Selliselt saab O kahjunõude eeldused lugeda täidetuks: M on rikkunud müügilepingust tulenevat kohustust anda üle kaup, O-le on tekkinud kahju saamata jäänud soorituse näol ja M-i kohustuse rikkumise ning O kahju vahel on põhjuslik seos. Kuna M-i kohustuse rikkumine ei ole vabandata (VÕS § 103), tuleb tal hüvitada O-le 10 000 EUR: O poolt asendustehingule kantud kulutustest, alternatiivselt müügieseme turuhinnast (mõlemad 110 000 EUR) tuleb maha arvata M-le tasumisele kuuluv ostuhind 100 000 EUR (VÕS § 127 lg 5), mille vahe moodustabki kahju (10 000 EUR).¹⁴⁶³ Seega võiks asuda seisukohale, et 05.02 seisuga võib O nõuda M-lt 10 000 EUR hüvitamist.

Ostja õigus nõuda hinnavahe hüvitamist on seotud ostjal dispositsioonivabaduse olemasoluga.¹⁴⁶⁴ Kuna dispositsioonivabaduse saavutamisel lõpeb müüja õigus ja kohustus kokkulepitud kohustused täita, sh ei saa müüja edaspidi täitmist pakkuda ega nõuda ostjalt täitmise vastuvõtmist, siis ei ole ostja dispositsioonivabaduse saavutamise tulemusena seotud müüja täitmisega. Dispositsioonivabaduse saab ostja saavutada nii lepingust taganemise kui ka kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise kaudu.¹⁴⁶⁵ Küsitav on, **kas ostja saab sellise dispositsioonivabaduse saavutada** ning nõuda hinnavahe hüvitamist või asendustehingule kantud kulude kompenseerimist ka kahju hüvitamise üldsätete järgi, esitades nõude VÕS § 115 lg 1 ja § 127 koostoimes?

Vastamaks küsimusele O õigusest nõuda M-lt asendustehingule kantud lisakulude hüvitamist, tuleb tagasi pöörduda hinnavahe hüvitamise nõude olemuse juurde.¹⁴⁶⁶ Ostja poolt hinnavahe nõude esitamise sisuline tagajärg on, et ostja ei soovi müüjalt edaspidi kohustuste täitmist natuuras, mistõttu lepinguga algselt silmas peetud soo-

¹⁴⁶³ Alternatiivselt võiks O kahjunõude arvestus olla selline, et O tasaarvestab oma 110 000 EUR suuruse kahju hüvitamise nõude oma ostuhinna tasumise kohustusega 100 000 EUR. Sellisel juhul on O-l tasaarvestuse tulemusena M-i vastu nõue 10 000 EUR ulatuses.

¹⁴⁶⁴ Vt ptk 5.2.2.1 ja ptk 5.1.2.1.1.

¹⁴⁶⁵ Vt ptk 5.1.2.1.1 ja ptk 5.2.2.1.

¹⁴⁶⁶ Vt ptk 5.1.2.1.1.

rituste vahetamist aset ei leia ja müüja täitmiskohustus asendub kahju hüvitamise kohustusega. Seega toob hinnavahe hüvitamise nõue kaasa ostja poolt müüja täitmisest loobumise ning täitmishuvi rahuldamise kahju hüvitamise nõude teel. Müüja jaoks tähendab see reeglina aga lepinguga silmas peetud kasumist ilmajäämist ja ostjale kahjuhüvitisena kolmanda isiku (enamasti konkurendi) kasumi korvamist. Eelnevalt kirjeldatud näite korral jääb müüja M, kes loodab kauba sisseostu ja edasimüügi hinna vahena teenida lepingust 20 000 EUR kasu (C-lt sisseostuhind 80 000 EUR, edasimüügihind O-le 100 000 EUR), O-le kahjuhüvitise maksmise tulemusena ilma loodetud tulust, samuti tuleb tal hüvitada O-le tehingust saamata jäänud eelised (turuhinna ja ostuhinna vahe 10 000 EUR) või O poolt asendustehingule kantud kulu (M2 kasum). Seega, kui algselt lootis M saada lepingust kasu 20 000 EUR, siis nüüd on ta O-ga tehingu tegemisest kannud kahju 10 000 EUR. Eelnev ilmestab hästi M-i jaoks soorituse tegemise õiguse ja ostuhinna väljateenimise võimaluse kaotusega seotud riske. Seega, võimaldades ostjal sõltumata müüja kohustuste rikkumise olulisusest, sh lühiajalise viivituse või müügiesemel ebaoluliste puuduste ilmnemisel, nõuda müüjalt hinnavahe hüvitamist, oleks tulemus müüja (võlgniku) jaoks äärmiselt koormav. Ühtlasi tuleks müüjal kanda riski, et kohustuste ebaolulise rikkumisega võib kaasneda täitmisseuhte lõppemine, ostuhinna väljateenimise võimaluse kaotus ja kohustus hüvitada ostjale konkurendi kasu, mille viimane teenis asendustehingust. Selline tulemus ei oleks mõistlik ega pakuks müüja ja ostja huvide konkurentsipisavat tasakaalu.

Võlgniku ja võlausaldaja huvide tasakaalustamiseks näebki VÕS § 115 lg 2 ls 1 ette, et kohustuse täitmise asemel saab võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist reeglina üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. Erandina ei pea võlausaldaja andma võlgnikule täiendavat tähtaega, kui võlgniku rikkumine on oluline või on see asjaoludest tulenevalt ning poolte huve arvestades mõistlik (VÕS § 115 lg 3). Kuna ka hinnavahe hüvitamise nõude näol on tegemist kahjunõudega täitmise asemel – ostja loobub nõude esitamisel müüja naturaalkohustuse täitmisest, asendades selle kahju hüvitamise kohustusega –, siis saab ostja nõuda selle hüvitamist üksnes tingimusel, et on täidetud VÕS § 115 lg 2–3 eeldused. See tähendab, et võlgniku soorituse täitmise asemel kahjunõude esitamiseks peab võlausaldajal olema tekkinud dispositsioonivabadus. Viimase saab ostja aga saavutada kas lepingust taganemise või kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kaudu. Teisisõnu, kui lubada ostjal nõuda hinnavahe hüvitamist ka nn lihtsa (s.o täitmise kõrval) kahjunõude raames, jääksid saavutamata sellised täiendava tähtaja instituudi kesksed eesmärgid, nagu lepingu säilitamise, lepingujärgse positiivse programmi läbiviimise ja võlgniku arvel spekulatsioonide vältimise eesmärk.¹⁴⁶⁷ Seetõttu ongi seadusandja ette näinud, et täitmisseuhte lõpetavate õiguskaitsvahendite kasutamine, sh õigus nõuda hinnavahe hüvitamist, on reeglina lubatud üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel.¹⁴⁶⁸

Võrdlusena võib välja tuua, et CISG-i, PECL-i ja PICC-i järgi võib võlausaldaja nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes juhul, kui ta on lepingust taganenud (vrdl CISG

¹⁴⁶⁷ Vt täpsemalt ptk 1.2.

¹⁴⁶⁸ Erandina ei kehti selline eeldus hinna alandamisele, mille kasutamiseks ei pea andma võlausaldaja määrama võlgnikule eelnevalt täiendavat tähtaega, vt VÕS § 112; problemaatiliselt selles osas RKTKo 3-2-1-156-11, p 20.

art 75–76, PECL art 9:506 ja art 9:506, PICC art 7.4.5 ja 7.4.6).¹⁴⁶⁹ Õigus lepingust taganeda on viidatud regulatsioonides aga erinevalt kahju hüvitamise nõudest seotud olulise lepingurikkumise kontseptsiooniga, seades seeläbi hinnavahe hüvitamise nõudele kõrgendatud kriteeriumid.¹⁴⁷⁰ Siinkohal tuleb veelkord rõhutada, et erinevalt VÕS-st ja BGB-st puudub CISG-s, PECL-s ja PICC-s eraldiseisev kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsioon, mistõttu võlausaldaja õigus nõuda hinnavahe hüvitamist lahendatakse lepingust taganemise kaudu, mille tulemusena võlausaldaja saavutab dispositsioonivabaduse ja õiguse sõlmida asendustehing.¹⁴⁷¹ Vaatama sellele on *CISG-i uuemas kirjanduses* aina sagedamini tõstatatud küsimus, kas tuleks tunnustada võlausaldaja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist ka olukorras, kus ta ei ole eelnevalt lepingust taganenud ja õigus taganeda puudub.¹⁴⁷² Märgitakse, et selline nõudeõiguse peaks olema õigustatud eelkõige juhul, kui see aitaks kaasa kahjude vähendamisele, mistõttu nõue võiks olla õigustatud tulenevalt CISG art-s 77 sätestatud üldisest võlausaldaja kahju vähendamise kohustusest.¹⁴⁷³ Seega eeldab nõude maksmapanek, et võlausaldaja suudab ära näidata, et asendustehingu tegemata jätmisel oleks kahju tekkinud suuremas ulatuses.¹⁴⁷⁴

Selline avangardne tõlgendus ei ole leidnud siiski laiapõhjalist tunnustust. CISG-i valitseva arvamuse järgi võib võlausaldaja nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes juhul, kui ta on lepingust eelnevalt taganenud.¹⁴⁷⁵ Sellist tõlgendust toetatakse järgmiste kesksete argumentidega. Ostja, kes ei ole õigustatud lepingust taganema – st puudub müüja oluline lepingurikkumine (CISG art 49 lg 1) või on ostja taganemisõiguse kaotanud (CISG art 49 lg 2) –, ei tohiks kahju hüvitamise nõude ja asendustehingu tegemise kaudu saavutada lepingust taganemisega sarnast tulemust.¹⁴⁷⁶ Teisisõnu, lubades ostjale hinnavahe hüvitamise nõuet ilma, et müüja oleks lepingut oluliselt rikkunud, oleks tulemus, et ostja saaks kahju hüvitamise nõude esitamise teel hii- lida kõrvale lepingust taganemisele ette nähtud kõrgendatud kriteeriumidest (oluline lepingurikkumine ja mittekohase täitmise puhul piiratud tähtaeg).¹⁴⁷⁷ See ei oleks aga kooskõlas regulatsiooni mõttega, kuna vastasel juhul jääks saavutamata CISG-i üks kesketest eesmärkidest, s.o säilitada pooltevaheline täitmissuhe ja tagada võlgnikule järeltäitmise võimalus.¹⁴⁷⁸ Sellest tulenevalt leitaksegi, et kahju hüvitamise kogu täit-

¹⁴⁶⁹ Vt ka ptk 5.1.2.1.1.

¹⁴⁷⁰ Vt CISG art 49, PECL art 9:301, PICC art 7.3.1.

¹⁴⁷¹ Vt ptk 1.1.1, ptk 4.1 ja ptk 5.1.2.1.1.

¹⁴⁷² Schlechtriem (2006), S. 387 ff; Schlechtriem (2007), Rn 309 ff; Honsell/Schönle/Koller, art 74, Rn 15; Karollus, S. 223 ff; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, art 74, Rn 10, Rn 22, art 75, Rn 5; CISG-AC Opinion/Gotanda, art 74, comment 8.1; Saidov, Law of Damages, p. 176; Schwenzer (2001) S. 170.

¹⁴⁷³ MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 9a; Huber/Bach, S. 585 ff; vrdl ka Schlechtriem (2008).

¹⁴⁷⁴ Huber/Bach, S. 592.

¹⁴⁷⁵ MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 9; StaudingerCISG/Magnus, art 45, Rn 22–24; Huber/Mullis, S. 282; SoergelCISG/Dettmeier, art 74, Rn 3 ff; Stoll, S. 634 f.; AG Nordhorn CISG-online 259; OGH CISG-online 224; OGH CISG-online 581; Schmidt-Ahrendts, S. 152–155; Huber/Bach, S. 590 ff.

¹⁴⁷⁶ MüKoCISG/Huber, art 75, Rn 9; StaudingerCISG/Magnus, art 45, Rn 22.

¹⁴⁷⁷ MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 9.

¹⁴⁷⁸ Vt ka StaudingerCISG/Magnus, art 49, Rn 4.

mise asemel nõudele tuleb kohaldada samu eeldusi, kui lepingust taganemisele.¹⁴⁷⁹ Seega saab ostja nõuda hinnavahe hüvitamist üksnes juhul, kui tal on samaaegselt õigus ka lepingust taganeda.¹⁴⁸⁰ Ühtlasi tähendab see, et müüja ebaoluline kohustuste rikkumine annab ostjale küll õiguse nõuda kahju hüvitamist, kuid ei luba tal siiski lepingust taganeda ega keelduda müüja kohustuse täitmise vastuvõtmisest. Samuti ei saa ostja saavutada sellist tulemust üksnes kahju teatud konkreetset viisil arvestamise teel.¹⁴⁸¹ Samuti märgitakse, et hinnavahe hüvitamise nõude lubamine lepingust taganemata oleks vastuolus CISG-i õiguskaitsevahendite loogikaga, mille keskmeks on täitmisenõude primaarsus.¹⁴⁸² Viimane väljendub eelkõige seeläbi, et taganemise kui täitmissuhet lõpetava õiguskaitsevahendi kasutamine on oluliselt piiratud¹⁴⁸³ ja ostja saab lepingust taganeda üksnes müüja kohustuste olulisel rikkumisel (art 49). Ühtlasi peab regulatsioon tagama, et ostja ei saaks müüja arvel spekuloida ja vabandada täitmissuhtest iga väiksema rikkumise ettekäändel.¹⁴⁸⁴

Nagu eelnevalt märgitud, siis VÕS ei toeta tõlgendust, et ostja võib nõuda hinnavahe hüvitamist ka nn lihtsa (s.o täitmise kõrval) kahjunõude raames. Sellist võimalust ei näe ette ka BGB §-d 280–281.¹⁴⁸⁵ Seega tuleks peatüki sissejuhatuses kirjeldatud näidiskaasuses jätta O nõue rahuldamata, v.a juhul, kui esinevad erandlikud asjaolud, mille korral täiendava tähtaja määramine ei ole vajalik (VÕS § 115 lg 3). O võib endiselt nõuda M-lt kahju hüvitamist täitmise kõrval, s.o muu lõplikult tekkinud kahju, nagu saamata kasutuseeliste, saamata jäänud tulu, viivituskahjude jms hüvitamist (VÕS § 115 lg 1 ja § 127). M aga võib endiselt pakkuda O-le kohustuse täitmist. Kuni O poolt lepingust taganemise või kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamiseni tuleb O-l vastuvõtuviivitusse sattumise vältimiseks pakutud täitmine vastu võtta. Kui O pakutud täitmist vastu ei võta ja rikub selle tulemusena oluliselt lepingut (nt VÕS § 116 lg 2 p 4, p 5 järgi), võib M omakorda lepingust taganeda ja nõuda talle tekkinud kahju hüvitamist, sh nõuda hinnavahe hüvitamist VÕS § 135 järgi. Kui aga O poolt asendustehingu sõlmimine peaks aitama kogukahjusid vähendada, tuleks O asendustehingu tegemise õigust tunnustada VÕS § 115 lg 3 alt 3 järgi, mis lubab nõuda täitmise asemel kahju hüvitamist täiendavat tähtaega määramata ka juhul, kui asjaolude kohaselt on kahju kohene hüvitamine muul põhjusel mõistlik. Kogukahjude vähendamist tuleks lugeda selliseks legitiimseks põhjuseks, kuna see vastab lõppastmes nii ostja kui ka müüja huvidele.

¹⁴⁷⁹ Huber (1987), S. 214 ff.

¹⁴⁸⁰ Stoll, S. 635; Schmidt-Ahrendts, S. 152.

¹⁴⁸¹ Schmidt-Ahrendts, S. 152–153, S. 155; vt ka MüKoCISG/Huber, art 74, Rn 12; Stoll, S. 635; Supreme Court of Poland CISG-online 1399; OGH CISG-online 224.

¹⁴⁸² Achilles, art 46, Rn 1; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, art 49, Rn 28; OGH CISG-online 224.

¹⁴⁸³ Vt ka Huber/Kröll, S. 309 ff.

¹⁴⁸⁴ Ferrari, S. 1; Schmidt-Ahrendts, S. 153–154.

¹⁴⁸⁵ Vrdl ka BeckOK/Unberath, § 280, Rn 26; Palandt/Weidenkaff, § 437, Rn 4a; Dörnhofer, S. 176 ff; vt temaatika kohta põhjalikult Lorenz (2012), S. 147 ff.

KOKKUVÕTE

Doktoritöö kõige üldisem eesmärk oli analüüsida VÕS §-s 115 sätestatud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni eesmärke ja olemust, eesmärkide saavutamise viise ning nõude maksmapaneku tingimusi, sisu, funktsionaalsust ja tagajärgi. Tulenevalt Riigikohtu tõlgendusest, et kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine toob kaasa lepingust taganemise, analüüsiti kahju hüvitamise täitmise asemel nõude seoseid ja sarnasusi lepingust taganemise instituudiga. Võttes arvesse, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude näol on tegemist üldise õiguskaitsevahendiga, mille rakendusala ei piirdu lepinguliste suhetega, hõlmates suure hulga keerukaid ja ühe doktoritööga lahendamatu küsimusi, tuli autoril piirata töö ese ostja müügi-lepinguliste nõuetega. Selline valik põhineb praktilistel kaalutlustel, kuivõrd müügi-lepingu näol on vaieldamatult tegu enim kasutatud lepinguga, mistõttu hõlmab see ka kõige kriitilisema osa õigusvaidlustest, olles ühtlasi loogiline lähtekoht kahju hüvitamise täitmise asemel nõude temaatika teoreetilisse käsitlusse.

Autor püstitas töö kirjutamisel kolm hüpoteesi. Esimene hüpotees oli, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni, mis lubab ostjal reeglina nõude maksmata panna üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2), eesmärk on tugevdada poolte seotust täitmissuhtega, kaitstes ühtlasi võlgnikku võlausaldaja poolt täitmissuhte õigustamatu lõpetamise eest. Selliselt on regulatsiooni eesmärk tagada võlgnikule täiendav võimalus täita võlgnevad kohustused oma vahenditest ja teenida välja kogu lepingust oodatud tasu. **Töö teine hüpotees** oli, et ostja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist ei saa samastada lepingust taganemisega, samuti ei too nõude esitamine kaasa lepingust taganemise tagajärgi. Teise hüpoteesi ülesanne oli kontrollida Riigikohtu tõlgenduse, et kahju põhikohustuse täitmise asemel nõude esitamist tuleb lugeda samaaegseks lepingust taganemiseks, paikapidavust. Hüpoteesi osa oli seisukoht, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja lepingust taganemine on erinevad õiguskaitsevahendid, millel on erinev eesmärk, maksmapaneku tingimused, kohaldamisala ja tagajärjed. **Töö kolmas hüpotees oli**, et VÕS § 135 näol ei ole tegemist eksklusiivse regulatsiooniga, mille järgi ostja võib arvestada hinnavahe hüvitist. Hüpoteesi osa oli väide, et ostjal on õigus arvestada hinnavahe hüvitamist ka tulenevalt kahju hüvitamise regulatsiooni üldsätetest (VÕS § 127) ja et hinnavahe hüvitamise nõue ei eelda, et ostja oleks eelnevalt lepingust taganenud.

Üldiste märkustena soovib autor esmalt välja tuua järgmist. VÕS-i kahju hüvitamise nõude ja õiguskaitsevahendite regulatsioon on segu BGB-st, CISG-st, PECL-st ning PICC-st. Sellise erinevate regulatsioonide ja nende aluseks olevate erinevate põhimõtetega kombineerimise tulemuseks on regulatsiooni teatav järjepidevusetus, vastuolulisus ja lünklikkus, mis paratamatult raskendab seaduse mõistmist ning vähendab oluliselt õiguskindlust. Autori hinnangul vajab nii kahju hüvitamise nõude-normi kui õiguskaitsevahendite regulatsioon tervikuna mõningast seaduse tasandil revideerimist ja korrastamist. Ühtlustamine on vajalik nii kontseptuaalsel kui terminoloogilisel tasandil.

Üldiselt võib VÕS-i lahendust, mille järgi võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel reeglina üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja

edutul möödumisel, pidada õigustatuks. Regulatsioon aitab tasakaalustada võlgniku ja võlausaldaja õigustatud huve ning piirata võimalikke kuritarvitusi. Kehtiva regulatsiooni kitsaskohaks on selle puudulikkus. Nii on erinevad kahju hüvitamise täitmise asemel nõude olulised aspektid kas täielikult reguleerimata või on regulatsioon mitterahuldav. Selle tulemuseks on seaduse ebaselgus ja osaliselt õigustamatus, realiseerudes mõningatel juhtudel isegi anomaalsetes tagajärgedes. Eelkõige tuleks üle vaadata nõude maksmapaneku ulatuse regulatsioon, mis käsitleb võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel võlgniku kohustuste osalisel ja mittekohasel täitmisel. Sama kehtib võlausaldaja õiguse osas taganeda lepingust võlgniku kohustuste osalisel ja mittekohasel täitmisel. Kehtivat regulatsiooni ei saa pidada mõistlikuks (vt VÕS § 115 lg 4 ja § 116 lg 3).

Märkimisväärne on, et ükski VÕS-i regulatsiooni eeskujuks olnud allikatest ei tunne lahendust, kus võlgniku kaitset silmas pidav täiendava tähtaja ja heastamise regulatsioon eksisteerivad üheaegselt ning samale eesmärgile suunatuna. Kui reeglina kaitstakse võlgniku õigusi kas läbi täiendava tähtaja instituudi (nt BGB) või heastamise regulatsiooni (nt CISG, PECL, PICC), siis VÕS opereerib mõlemaga (vt VÕS § 107, § 114). Sellega kaasnev regulatsiooni vastuolulisus ja järjepidevusetus, sh küsimus sellest, kas võlausaldaja peab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse maksmapanekuks määrama võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja või piisab üksnes võlgniku mittekohasest täitmisest teavitamisest ning mõistliku aja möödumisest (vrd VÕS § 115 lg 2 ja § 116 lg 2 ning VÕS § 223 ja § 647), suurendab oluliselt õigusselgusetust.

Olulisi küsitavusi tekitab õiguskaitsevahendite regulatsiooni tõlgendamist puudutav Riigikohtu praktika, mis piirdub olulistes, või isegi põhimõttelist tähendust omavates küsimustes sageli üksnes lakooniliste väidetega, esitamata dogmaatilisi ja õigusteoreetilisi argumente. Selle tulemusena on Riigikohus asunud nii mitmeski põhimõttelises küsimuses seaduse selgesõnalist teksti kas eirama või tõlgendab seadust viisil, mis on vastuolus regulatsiooni eeskujuallikate, seaduse algse mõtte ning tekstiga. Sellise Riigikohtu praktikaga ei saa nõustuda, samuti riivab see oluliselt õiguskindlust. Nii pakubki erinevatele kontseptsioonidele põhineva VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni mõistmine ja selles tasakaalu leidmine suurt väljakutset.

Allikmaterjali analüüsi ja töö kirjutamise tulemusena on autor jõudnud järgmistele järeldusteni:

1. **Erinevalt CISG-st, PECL-st ja PICC-st eristab VÕS BGB eeskujul** võlausaldaja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise kõrval võlausaldaja õigusest nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel. Selliselt on VÕS § 115 regulatsioon omapärane hübriid, mis ühelt poolt lähtub CISG-i, PECL-i ja PICC-i eeskujul ühtsest kohustuse rikkumise mõistest, kuid eristab samal ajal sarnaselt BGB-ga kahjunõuet täitmise kõrval ja täitmise asemel. Kui kahju hüvitamist täitmise kõrval saab võlausaldaja nõuda sarnastel eeldustel nagu CISG-i, PECL-i ja PICC-i järgi, siis täitmise asemel kahjunõude saab võlausaldaja maksta panna üksnes kõrgendatud eelduste täidetuse korral, *reeglina* rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1). Selline täitmise asemel kah-

junõudega seotud täiendava tähtaja määramise nõue ei ole juhuslik ja on kantud järgmistest eesmärkidest:¹⁴⁸⁶

- 1) täiendava tähtaja esmane ülesanne on anda **võlgnikule täiendav, s.o viimane võimalus** teha hilinenud sooritus või kõrvaldada soorituse puudused ning teeneda seeläbi välja kogu lepingust oodatud tasu. Selliselt piirab täiendava tähtaja nõue täitmist suhet lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamist ja seeläbi tagasitäitmiskulude tekkimist, samuti kindlustab täitmist suhte algselt kokkulepitud kujul püsijäämist;
 - 2) teine täiendava tähtaja ülesanne on piirata võlausaldaja võimalikke **turusppekulatsioonidega seotud kuritarvitusi**: mitte igasuguse rikkumise korral ei peaks võlausaldaja saama lepingust koheselt vabaneda ja turuhindade langemisel soodsamat asendustehingut sõlmida;
 - 3) kolmandaks **lihtsustab** täiendava tähtaja edutu möödumine võlausaldajale täitmist suhet lõpetavate õiguskaitsevahendite kasutamist, tagades talle **õiguskindluse**, et tähtaja edutul möödumisel võib ta võlgniku sooritusest loobuda, ilma et ta riskiks, et see osutub hiljem õigustamatuks (vt VÕS § 116 lg 2 p 5, § 115 lg 2 ls 1); selliselt on täiendaval tähtajal ka selgitamis- ja hoiatamisfunktsioon ning võlgnik peab arvestama, et tähtaja edutul möödumisel võib võlausaldaja tema täitmisest loobuda ja täitmise pakkumisest keelduda.
2. Kuna kahju hüvitamist täitmise asemel võib võlausaldaja reeglina nõuda üksnes täiendava tähtaja edutul möödumisel, siis on täitmise kõrval ja täitmise asemel kahju eristamisel oluline tähendus. **Rusikareegel** kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel eristamisel on järgmine: *kahjuks täitmise asemel tuleb lugeda sellised kahjud, mille tekkimist oleks nõude esitamise hetkel võlgniku poolt rikkumise kõrvaldamisega saanud ära hoida või vältida*. Kahjuks täitmise kõrval on seega kahjud, mis on nõude esitamise hetkeks lõplikult tekkinud ja mille tekkimist ei oleks võlgniku täitmine vältinud. Müüja kohustuste *mittetäitmisel* on tüüpiliseks kahjuks täitmise asemel selline kahju, millega ostja nõuab müügieseme väärtuse ehk turuhinna hüvitamist, asendustehingule kantud kulutuste hüvitamist või arvestab kahjuna müügieseme ostuhinna ja turuväärtuse vahe. *Lepingutingimustele mittevastava* asja üleandmisel on kahjuks täitmise asemel selline kahju, mis ostjal tuleb kanda puuduste või kvantitatiivse sooritusdefitsiidi kõrvaldamiseks, samuti kahju, mille ostja arvestab kohase ja puudustega müügieseme väärtuse vahena.
3. Täitmise kõrval ja täitmise asemel kahju **piiritlemise tähendus** väljendub seeläbi, et nõudes täiendavat tähtaega andmata müüjalt sellise kahju hüvitamist, mis kvalifitseerub kahjuks täitmise asemel, tuleb ostja nõue jätta rahuldamata. Sellise kahju või kokkuhoitud kulutuste hüvitamist ei saa ostja nõuda müüjalt ka muul õiguslikul alusel.
4. Ebaõnnestunuks tuleb lugeda õiguskirjanduses kahju täitmise kõrval ja täitmise asemel märgistamist **nn väikse ja suure kahjuna**. Mõisted „väike ja suur kahju” on keeleliselt eksitavad ja põhinevad Saksa õigusterminoloogia ebaõigel kodustamisel. Eesti õiguses oleks kohane rääkida kahjunõudest täitmise asemel, kogu täitmise asemel ja täitmise kõrval. See oleks nii keeleliselt kui ka sisuliselt oluliselt täpsem.

¹⁴⁸⁶ Vt ptk 1.2

Seega leidis punktide 1–4 alusel kinnitust töö esimene hüpotees, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni, mis lubab ostjal reeglina nõude maksmata panna üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2), eesmärk on tugevdada poolte seotust täitmissuhtega, kaitsta võlgnikku võlausaldaja poolt täitmissuhte õigustamatu lõpetamise eest ning võimaldada võlgnikul teenida välja kogu lepingust oodatud tasu.

5. Mitte igasugune müüja kohustuste rikkumisest teavitamine ei ole käsitletav täiendava tähtaja andmisena. Et täiendava tähtaja eesmärgid realiseeruksid, peab täiendava tähtaja avaldus olema **piisavalt selge ja täpne**, et müüja teaks, millise kohustuse rikkumist ostja talle ette heidab. Täiendava tähtaja saab määrata alles peale kohustuste sissenõutavaks muutumist, samuti peab ostja täitmisenõue olema maksmapandav. Müügieseme puudustest teavitamisel ei ole oluline tuua välja puuduse põhjust, vaid asjaolud, miks ostja müügieset sellisena ei aktsepteeri. Avalduse täpsuse nõudest tuleneb ühtlasi, et osas, milles ostja ei ole müüjale täiendavat tähtaega määranud, ei saa ta hiljem nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel ega sellisele rikkumisele tuginevalt tähtaja edutu möödumise ettekäändel lepingust taganeda.
6. **Ebaõnnestunuks tuleb lugeda VÕS § 114 lg 1 ls 2 regulatsioon**, mille järgi loetakse võlgnikule täiendav tähtaeg antuks ka juhul, kui võlausaldaja esitab üksnes täitmisenõude või teavitab, et ta jääb täitmise juurde, määramata seejuures tegelikkuses täitmise kõrvaldamiseks võlgnikule tähtaega. Selline regulatsioon ei paku õiguskindlust: kuna täiendava tähtaja andmisega kaasnevad nii võlgnikule kui ka võlausaldajale olulised tagajärjed, peaks täiendav tähtaeg kulgema hakkama üksnes täiendava tähtaja tegelikust määramisest. Kehtiva regulatsiooni järgi võib täiendav tähtaeg mööduda võlgniku jaoks selliselt, et ta ei ole selle kulgema hakkamist isegi mõistnud. Võlausaldaja võib aga kaotada ootamatult õiguse lepingust taganeda VÕS § 118 lg 1 järgi, olemata sellega isegi arvestanud. Mõlemapoolseid huve arvestades oleks mõistlik VÕS §-i 114 lg 1 muuta *de lege ferenda* selliselt, et sätte ls 2 jäetakse seadusest välja.
7. **Kuna muu kui soorituskohustuse rikkumisel** on täiendava tähtaja määramine enamasti kokkusobimatu rikutud kohustuse olemusega (nt konkurentsikeelu või konfidentsiaalsuskokkuleppe rikkumisel), tuleks sellisel juhul kohaseks võlgniku korrale kutsumise viisiks lugeda võlgniku hoiatamist. Kuna seadus sellist võimalust ette ei näe, tuleks autori hinnangul VÕS §-i 115 lg 2 regulatsiooni *de lege ferenda* täiendada järgnevalt:

„Kui tulenevalt kohustuse rikkumise iseloomust ei tule täiendava tähtaja andmine kõne alla, asendab täiendava tähtaja andmist hoiatus.“

8. **Seadus ei sätesta täiendava tähtaja määramiseks tähtaega**, samuti ei saa sellist võlausaldaja õiguste olulist piirangut tuletada üldisest hea usu põhimõttest. Teistsugune tõlgendus viiks tulemusele, kus puudusega müügieseme üleandmisel võiks ostja kaotada puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamise nõude veel enne, kui tal see tekkinud on. Müüja kohustuste mittetäitmisel tooks see aga kaasa tulemuse, kus ostja kaotab igasuguse adekvaatse võimaluse oma õigusi kaitsta. Samuti võiks

selline piirang tuua kaasa tulemuse, kus ostja võiks kaotada VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi õiguse lepingust taganeda veel enne, kui tal selline õigus on tekkinud. Selline tulemus oleks ebaloogiline ja kokkusobimatu VÕS § 118 lg 1 regulatsiooniga, mis lõpetab ostja lepingust taganemise õiguse, kui ta ei teavita sellest müüjat mõistliku aja jooksul *olulisest rikkumisest* teadasaamisest. VÕS § 118 lg 1 järgse piirangu kõrvale veel täiendava kitsenduse seadmine ei ole mõistlik ega kooskõlas seaduse regulatsiooniga.

9. Kuigi reeglina saab võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes täiendava tähtaja edutul möödumisel, ei ole selline tingimus siiski absoluutne. Pidades silmas poolte huvide tasakaalustamise vajadust, näeb seadus ette erandid, mil võlausaldaja võib nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel koheselt, s.o **täiendavat tähtaega määramata**. Täiendavat tähtaega ei pea määrama, kui:

- 1) sellel **ei oleks tulemust** (VÕS § 115 lg 3 alt 1). Koosseis hõlmab eelkõige täitmise võimatuse juhtumeid, samuti võlgniku täitmisest keeldumist. Täitmise võimatust ei tohiks aga samastada täitmisenõude lõppemise juhtudega VÕS § 108 lg 2 p 2–4 ja lg 3–5 järgi. Kuna viidatud juhtudel on tegemist võlgnikku kaitsva normistikuga, tuleks neid käsitleda võlgniku vastuväidetena, mitte aga *ipso iure* täitmisenõuet lõpetavate asjaoludena. Samuti ei pruugi täitmisenõude automaatne lõppemine olla poolte huvides. Kehtivat seaduse regulatsiooni tuleb pidada ebaõnnestunuks ja see vajaks muutmist. Kui võlgnik keeldub täitmisest, lõpeb võlausaldaja täitmisenõue ja ta võib koheselt nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel;
- 2) võlgnik on rikkunud **kohustusi oluliselt** (VÕS § 115 lg 3 alt 2). Seadusandja õigustatult võrdsustanud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise materiaalsed eeldused (vrkl VÕS § 116): kuna mõlemad lõpetavad võlgniku täitmise õiguse, peaksid sarnast tagajärge omavate õiguskaitsevahendite materiaalsed eeldused kattuma;
- 3) kahju kohene hüvitamine on **muul põhjusel mõistlik** (VÕS § 115 lg 3 alt 3). Koosseis eeldab, et võlausaldaja on objektiivselt hinnates kaotanud huvi võlgniku kohustuste täitmise vastu, samuti tuleb arvesse võtta, kas võlgnik nägi või pidi sellist tagajärge ette nägema (nt kui müüja teadlikult varjab müügieseme puudusi või on pooltevaheline usaldussuhe muul põhjusel lõppenud). Samuti peaks koosseis hõlmama juhtumid, kus kahjunõude kohene maksmapanek (nt asendustehingu tegemine või puuduste kõrvaldamine) aitab vähendada kogu-kahjusid või neid olulises ulatuses ära hoida.
- 4) *ostja* ei pea täiendavat tähtaega määrama **ka juhul**, kui müüja oluline rikkumine põhineb VÕS §-s 223 sätestatud asjaoludel, eelkõige kui müüja ei kõrvalda müügieseme puudust mõistliku aja jooksul peale seda, kui ostja on teda puudustest teavitanud. Kuna selline oluline rikkumine annab ostjale õiguse lepingust taganeda, tuleb VÕS §-s 223 märgitud asjaolude esinemisel tunnustada ka ostja õigust nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel.

Eelnevast tuleneb ühtlasi, et **VÕS § 223 regulatsioon muudab oluliselt** ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude maksmapaneku tingimusi ja loogikat asja lepingutingimustele mittevastavuse korral. Võttes arvesse, et asja lepingutingimustele mittevastavuse näol on praktikas tegemist kõige

tüüpilisema müüja kohustuste rikkumisega, on VÕS § 223 regulatsiooni tulemuseks, et ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel muutub rikkumise kõrvaldamiseks täiendava tähtaja määramise nõue sisuliselt erandiks.¹⁴⁸⁷

10. Ostja kahju hüvitamise täitmise asemel **nõude ulatuse** juures on oluline arvesse võtta, et VÕS-i õiguskaitsevahendite süsteem on sarnaselt CISG-i, PECL-i ja PICC-ga üles ehitatud nn *remedy approach*'i põhimõttel, lähtudes kohustuse rikkumise ühtsest mõistest. Ühtlasi tähendab see, et võlausaldaja õiguse puhul pöörduda õiguskaitsevahendite poole ei oma tähendust, millest võlgniku kohustuse rikkumine on tingitud või milles kohustuse rikkumine seisneb. Selles osas on iga rikkumine võrdse tähendusega. Sellel on oluline tähendus mõistmaks, millal tekib võlausaldajal VÕS-i järgi õigus loobuda võlgniku kohustuste täitmisest: kuna VÕS § 116 lg 2 p 5 järgi loetakse võlgnik *ükskõik millise kohustuse* täiendava tähtaja jooksul täitmata jätmisel kohustusi oluliselt rikkunuks, võib võlausaldaja nii põhi- kui ka kõrvalkohustuste (sh nt koostöö-, kaitse-, vms kohustuse) rikkumisel loobuda võlgniku täitmisest ja lepingust taganeda. Selliselt on VÕS-i lähtepunkt võlausaldaja õiguse osas vabaneda täitmissuhtega seotusest oluliselt erinev CISG-st, PECL-st, PICC-st ja BGB-st, andes ühtlasi tooni kogu regulatsiooni mõistmisele.
11. Ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude *ulatusega* seotud **ainus piirang** on sätestatud VÕS § 115 lg 4 ls-s 1, mille järgi võib võlausaldaja võlgniku *osalisel* täitmisel nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui ta on *osalise* täitmise vastu huvi kaotanud. Kuna tulenevalt seaduse süstemaatikast ja sätte allikmaterjalidest eeldab osaline täitmine VÕS § 115 lg 4 ls 1 järgi müüja soorituse osadeks jaotatavust, siis ei hõlma regulatsioon lepingutingimustele mittevastava müügieseme üleandmise ega muid mittekohase täitmise juhtumeid, sh nt müüja poolt kõrvalkohustuste rikkumise koosseise. Võttes arvesse, et VÕS § 217 lg 1 järgi tuleb müügilepingu täitmise kvantitatiivne defitsiit (koguseline puudus) lugeda asja lepingutingimustele mittevastavuseks, siis võib ostja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel pea eranditult valida, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel (s.o loobub kogu võlgniku täitmisest) või üksnes piiratult (nt nõuab puuduste kõrvaldamise kulude hüvitamist). Selline tõlgenduslik tulemus on kooskõlas seaduse üldise süstemaatika ja taganemisõiguse sätetega, mille järgi võib ostja igakordselt lepingust taganeda, kui müüja ei täida täiendava tähtaja jooksul *ükskõik millist* kohustust (VÕS § 116 lg 2 p 5). Samuti harmoniseerub selline ostja valikuõigus müügilepingu regulatsiooni järgse VÕS §-ga 223, mis samuti lubab müüja poolt puuduse kõrvaldamata jätmisel ostjal lepingust taganeda sõltumata sellest, kas tegemist on olulise, ebaolulise või marginaalse puudusega.
12. Regulatsiooni, mis lubab võlausaldajal täiendava tähtaja edutul möödumisel nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel sõltumata rikkumise ulatusest või olulisusest, tuleb autori hinnangul pidada ebaõnnestunuks. Tasakaalustamaks

¹⁴⁸⁷ Sisuliselt samale järeldusele võib jõuda ka ostja lepingust taganemise õiguse osas.

võlgniku ja võlausaldaja huve pakub autor välja muuta VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui kohustus on osadeks jaotatav ja võlgnik on täitnud kohustuse osaliselt, võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel üksnes juhul, kui tal ei ole osalise täitmise vastu mõistlikku huvi. Kui võlgnik on kohustuse täitnud mittekohaselt, ei või võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui kohustuse rikkumine on vähetähtis. Võlgniku poolt muu kui soorituskohustuse rikkumisel võib võlausaldaja nõuda kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes juhul, kui temalt ei saa edaspidi mõistlikult eeldada kohustuse täitmist võlgniku poolt. Võlausaldaja õigusele nõuda kahju hüvitamist kogu kohustuse täitmise asemel kohaldatakse lausetes 1 ja 2 sätestatut.”

Sellisel pakuks regulatsioon mõistlikku tasakaalu võlgniku ja võlausaldaja huvide vahel. Tulenevalt poolte huvide tasakaalustamise vajadusest tuleks muuta ka VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsiooni selliselt, et võlausaldaja ei saa rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel taganeda lepingust olukorras, kus rikkumine on väheste tähtsusega. Autor pakub välja muuta VÕS § 116 lg 2 p 5 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„teine lepingupool ei täida oma ükskõik millist kohustust käesoleva seaduse §-s 114 nimetatud täitmiseks antud täiendava tähtaja jooksul või teatab, et ta selle tähtaja jooksul kohustust ei täida. Lepingust ei või taganeda, kui rikkumine on vähetähtis.”

13. Kahjunõude hüvitamise raames võib ostja nõuda nii **juba kantud kulude** kui ka **tulevikus kandmisele kuuluvate kulude** hüvitamist. Reeglina võib ostja arvestada kahju omal valikul kas abstraktselt või konkreetselt: kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisel võib ostja nõuda müüjalt asendustehingule kantud lisakulu või lepingujärgse ostuhinna ja turuhinna vahe hüvitamist; müügieseme puuduse korral võib ostja nõuda puuduste kõrvaldamiseks kantud või tulevikus kantavate kulutuste või lepingutingimustele vastava ja puudustega müügieseme väärtuse vahe hüvitamist. Juba kantud kulutuste nõudmisel tuleb lähtuda tegelikult kantud kulutustest ja kulutuste mõistlikkust tuleb hinnata nende kandmise seisuga. Tulevikus kandmisele kuuluvate kulutuste (kahju) nõudmisel tuleks kulutuste ulatuse hindamisel lähtuda viimase faktilisi asjaolusid tuvastava kohtu (s.o maa- või ringkonnakohtu) poolt otsuse tegemise seisust. Seda põhjusel, et väljamõistetav hüvitis peab võimaldama ostjal hüvitise arvelt rikkumine kohtuotsuse jõustumisel ka tegelikkuses kõrvaldada. Seega võib hüvitamisele kuuluv kahju ajas muutuda: kui kohtumenetluse ajal puuduste kõrvaldamisele või asendustehingule kantavad kulud muutuvad tulenevalt turukonjunktuurist, tuleb kahjuhüvitise väljamõistmisel sellega arvestada. Kui rikkumise kõrvaldamine on aga võimatu (nt individuaaltunnustega asja hävinemisel), tuleb kahju ulatuse kindlaksmääramisel võtta aluseks kahju tekkimise aeg.
14. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele (sõltumata selle ulatusest) **ei kohaldu VÕS §-s 118 lg 1 sätestatud** lepingust taganemisele ette nähtud õigust lõpetav tähtaeg. VÕS § 118 lg 1 kohaldamine ei ole võimalik tulenevalt analoogiast ega hea

usu põhimõtte alusel. Teistsuguse tõlgenduse vastu räägivad seaduse regulatsioon ja süstemaatika, samuti sätte päritolu. Ühtlasi võiks see tuua kaasa soovimatud tagajärjed ning võlgniku poolt kohustuste mittetäitmisel isegi anomaalsed tulemused.

15. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõue **hakkab aeguma alates nõude sissenõutavaks muutumisest** ehk VÕS § 115 lg-tes 2–3 sätestatud asjaolude esinemisest. Reeglina hakkab nõude aegumine seega kulgema alates rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutust möödumisest. Ühtlasi tähendab see, et täitmisnõude ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist tuleb arvestada eraldiseisvalt, samuti ei too täitmisnõude aegumine kaasa juba sissenõutavaks muutunud kahju hüvitamise täitmise asemel nõude aegumist. Võlausaldaja võib täiendava tähtaja määrata ja täitmisnõudelt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele üle minna kogu täitmisnõude aegumistähtaja jooksul. Erandina hakkab asja lepingutingimustele mittevastavusest tulenev kahju hüvitamise täitmise asemel nõue aeguma alates asja ostjale üleandmisest (VÕS § 227).
16. Sarnaselt lepingust taganemisele peaks ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine olema võimalik **enne kohustuse sissenõutavaks muutumist**, kui on ilmne, et võlgnik paneb toime olulise rikkumise. Kuna seadus selgesõnaliselt sellist võimalust ette ei näe, tuleks autori hinnangul kaaluda VÕS § 117 lg 1 täiendamist *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kui enne ühe lepingupoole kohustuse sissenõutavaks muutumist on ilmne, et see lepingupool paneb toime olulise lepingurikkumise, eelkõige kui ta teatab, et ei kavatse lepingut täita, võib teine lepingupool lepingust taganeda või nõuda kahju täitmise asemel juba enne kohustuse sissenõutavaks muutumist.”

Sarnaselt tuleks täiendada ka VÕS § 117 lg 2 ja lg 3 sõnastust, laiendades sätte kohaldamisala kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele. Samuti peaks kahju hüvitamise täitmise asemel nõue olema VÕS § 116 lg 5 ls 1 analoogia alusel tingimuslikult maksma pandav.

17. Ebaõige on õiguskirjanduses ja vastuolulises Riigikohtu praktikas leitu, et VÕS § 218 sätestab asja lepingutingimustele mittevastavuse korral müüja vastutusstandardi. Seadus eristab kohustuse rikkumise võlgnikule omistamise ja rikkumise eest vastutamise kriteeriume. **VÕS § 218 reguleerib müügieseme lepingutingimuste mittevastavuse müüjale omastamise**, mitte aga rikkumise eest vastutuse kandmise küsimust. Teistsugune tõlgendus on vastuolus seaduse süstemaatika ja sätte eeskujallikatega. Samuti puudub teistsuguseks tõlgenduseks sisuline vajadus ja see võiks tuua kaasa soovimatud tagajärjed. Eranditult kõigi VÕS-i õiguskaitsevahendite regulatsiooni kujundamise eeskujuks olnud normistike järgi saab ostja nõuda müüjalt kahju hüvitamist üksnes juhul, kui rikkumine ei ole vabandata. Absoluutne vastutus ei ole leidnud kuskil tunnustamist.
18. Paralleelselt kahju hüvitamise täitmise asemel nõudega võib ostja nõuda müügieseme puuduste kõrvaldamisele juba kantud kulutuste hüvitamist ka VÕS § 222 lg 5 alusel (täitmisnõue). Võttes arvesse, et VÕS § 222 lg 5 ei kata kõiki ostja parandamiskulude koosseise, et ostja samasuguste kulutuste hüvitamist nõuda

edukalt VÕS § 115 lg 1–2 alusel, on VÕS § 222 lg 5 näol tegemist dubleeriva ja seega ebavajaliku sättega. Regulatsioon on seda küsitavam, et see läheb vastuollu kahju hüvitamise täitmise asemel nõude regulatsiooni üldise süstemaatikaga, mille järgi saab ostja nõuda puuduste kõrvaldamisega seotud kulutuste hüvitamist üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel (VÕS § 115 lg 2 ls 1), millist tingimust VÕS § 222 lg 5 aga ette ei näe. Tulemus, kus ühele ja samale eesmärgile suunatud seaduse üld- ja eriosa sätted ei harmoneeru, tuleb lugeda ebaõnnestunuks. Kuna VÕS § 222 lg 5 ei anna ostjale mingeid lisaõigusi, oleks mõistlik see kas kehtetuks tunnistada või minimaalselt VÕS § 115 lg-ga 2 ühtlustada.

19. Ostjale (võlausaldajale) kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise õiguse tekkimine (VÕS § 115 lg 1–3 eelduste täidetud) ei tähenda, et kohe (automaatselt) realiseeruvad ka nõude esitamise tagajärjed. Nõudeõiguse tekkimine loob ostjale (võlausaldajale) üksnes **valikuõiguse** (*ius variandi*), millist õiguskaitsevahendit ta kasutada soovib: ostjal eksisteerib paralleelselt õigus nõuda täitmist või kahju hüvitamist täitmise asemel, reeglina võib ta samaaegselt valida ka hinna alandamise õiguse (mittekohase täitmise korral) ja lepingust taganemise vahel (vrld VÕS § 116 lg 2 ja VÕS § 115 lg 2–3 eeldusi). Võlausaldaja valikuõigus lõpeb võlgniku poolt täitmise pakkumise, võlausaldaja täitmisnõude lõppemise (VÕS § 108 lg 2–5 ja § 222 lg 6) või selle aegumisega. Kui võlausaldaja otsustab siiski kahju hüvitamise täitmise asemel nõude kasuks, kaasnevad selle *esitamisega järgmised tagajärjed*:

- 1) kuigi seadus seda selgelt ei sätesta, on kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise esmane ja keskne tagajärg võlausaldaja **täitmisnõude lõppemine**. Täitmisnõue lõpeb ulatuses, milles võlausaldaja on nõudnud võlgnikult kahju hüvitamist täitmise asemel. Nõude esitamise tulemusena asendub võlausaldaja täitmisnõue vastavas ulatuses kahju hüvitamise nõudega. Võlgniku jaoks tähendab see, et täitmiskohustus lõpeb vastavas ulatuses, asendudes kahju hüvitamise kohustuse kui täitmise surrogaadiga. Samal ajal lõpeb ka võlgniku õigus täitmist pakkuda. Kui võlausaldaja ei nõua võlgnikult kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, jääb pooltevaheline täitmissuhe muus osas püsima. VÕS § 108 lg 8 regulatsioon on ebaõnnestunud ja eksitav, VÕS § 115 regulatsioon aga puudulik. Autori hinnangul tuleks VÕS § 108 lg 8 kehtetuks tunnistada, VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni tuleks aga *de lege ferenda* korras täiendada esimese lausega järgmiselt:

„Kohustuse täitmise asemel kahju hüvitamise nõudmisel lõpeb täitmisnõue vastavas osas.”

- 2) võlausaldaja täitmisnõude ja võlgniku korrespondeeriva täitmiskohustuse lõppemisega **ei kaasne võlausaldaja vastusoorituskohustuse lõppemist**. Vastusoorituskohustuse püsijäämise kasuks räägivad seaduse tekst ja süstemaatika, samuti õigusteooria ja sätte eeskujunormid. Teistsuguseks tõlgenduseks puudub ka sisuline vajadus. **Ühtlasi on ebaõige Riigikohtu pikaajaline praktika**, mille järgi toob kogu põhikohustuse täitmise asemel

kahju hüvitamise nõude esitamine kaasa lepingust taganemise ja lõpetab võlausaldaja vastusoorituskohustuse. Tegelikult puudutab kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine üksnes võlgniku täitmiskohustust, lõpetades selle. Võlausaldaja vastusoorituskohustusega ei ole sellel mingit pistmist. Kui võlausaldaja soovib vabaneda vastusoorituskohustusest, tuleb tal selleks lepingust taganeda. Kas üksikjuhtumil on tegemist ostja lepingust taganemise või kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisega, tuleb välja selgitada tõlgendamise teel (TsÜS § 69, VÕS § 29). Kui ostja soovib nõude esitamisel mh juba tasutud ostuhinna tagastamist või väljendab muul moel soovi viia läbi restitutsioon või vabaneda omapoolse kohustuse täitmisest, saab ostja sellise avalduse reeglina lugeda lepingust taganemiseks. Seejuures ei ole tegemist dogmaatilise, vaid õiguse tõlgendamise küsimusega.

- 3) **osaliselt ebaõnnestunuks tuleb pidada VÕS § 115 lg 4 regulatsiooni**, mis lubab võlgnikul võlausaldaja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel nõuda tema poolt võlausaldajale üleantu tagastamist üksnes juhul, kui võlausaldaja nõuab võlgniku *osalisel täitmisel* kahju hüvitamist *kogu täitmisel* asemel. Regulatsioon ei võimalda võlgnikul nõuda üleantu tagastamist võlgniku mittekohasel või puudusega täitmisel. Kuna sõltumata rikkumise liigist peaks võlgnikul alati olema õigus üleantu tagastamisele ulatuses, milles võlausaldaja on tema täitmisest loobunud ja soovib selle asemel kahju hüvitamist, tuleks VÕS § 115 lg 4 viimast lauset muuta *de lege ferenda* järgmiselt:

„Kohustuse täitmise asemel kahju nõudmisel tuleb võlausaldajal tagastada võlgnikule üleantu §-de 189–191 järgi vastavas osas.”

- 4) võttes arvesse, et kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamise tulemusena lõpeb võlgniku täitmiskohustus, asendudes kahju hüvitamise kohustusega, **on nõude esitamisel võlasuhet ümberkujundav mõju**. Selline kujundusõiguslik mõju ei ole sarnaselt lepingust taganemisega reeglina ühepoolselt tagasivõetav.
- 5) kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamine toob ühtlasi kaasa **täitmisega seotud kõrvalkohustuste lõppemise** (nt müügieseme dokumentide üleandmise kohustuse, kasutamise koolituse jms kohustuste lõppemise). Küll aga jäävad reeglina püsima võlgniku kaasaaitamis- ja koostöökohustus, samuti sellised võlgniku kohustused, mis on tähtajatud (nt konfidentsiaalsuskohustus, kohtualluvuse kokkulepe jms). Samuti ei lõpe võlgniku sellised kohustused, mis on tekkinud enne võlausaldaja poolt nõude esitamist (nt viivitusintresside, leppetrahvi, täitmise kõrval põhjustatud kahju hüvitamise kohustus). Võlausaldaja õigus arvestada täitmisega viivitamiselt leppetrahvi lõpeb täitmisenõude lõppemise tõttu. Kui võlausaldaja nõuab kahju hüvitamist täitmise asemel üksnes mõne kõrvalkohustuse asemel, lõpetab see reeglina üksnes vastava kõrvalkohustuse, jättes muus osas täitmissuhte senisel kujul püsima;
- 6) kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamisel **jäävad püsima ka täitmisenõuet taganud tagatised**. Täitmisenõude asemel pankrotipessa esitatud kahju hüvitamise nõuet tuleks pankrotimenetluses käsitleda sama nõudena, sh puudutavalt nõude tekkimise aega ja tagatust;

- 7) kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine **ei piira ühelgi viisil** võlausaldaja õigust nõuda talle juba tekkinud või tulevikus tekkivate **muude kahjude hüvitamist**, sh saamata jäänud tulu, ajutise asendustäitmisega seotud kulutuste, saamata jäänud kasutuseelise, samuti kahju kindlakstegemise ja nõude maksmapanekuga seotud kulutuste hüvitamist. Sh võib võlausaldaja nõuda võlgnikult sellise saamata jäänud tulu hüvitamist, mis talle on tekkinud enne võlgnikule rikkumise kõrvaldamiseks määratud täiendava tähtaja määramist või täiendava tähtaja perioodil.
20. **Õigeks ei saa pidada Riigikohtu praktikat**, mille järgi kaasnevad kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamisega lepingust taganemise tagajärjed. Lepingust taganemisel ja kahju hüvitamise täitmise asemel nõudel on oluliselt erinevad eesmärgid, õiguskaitsevahendi maksmapaneku eeldused ja tagajärjed. Kui lepingulise kahjunõude eesmärk on võlausaldaja asetamine olukorda, mis on võimalikult lähedane sellele, milles ta oleks olnud, kui võlgnik ei oleks lepingut rikkunud, st oleks täitnud kohustused kohaselt (s.o täitmishuvi rahuldamine), siis lepingust taganemise ülesanne on taastada olukord, milles pooled olid lepingu sõlmimise järgselt, kuid enne soorituste vahetamist, n-ö *status quo ante contractum*. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõudel ja lepingust taganemisel on ka oluliselt erinev ese: kui taganeda on võimalik üksnes kehtivast lepingulisest täitmissuhtest, siis kahju hüvitamist täitmise asemel võib nõuda nii täitmissuhte kui ka mis tahes muu võlasuhte raames. Kui kahju hüvitamist täitmise asemel võib võlausaldaja nõuda kas kogu täitmise asemel või üksnes piiratud, siis lepingust taganeda saab võlausaldaja reeglina üksnes tervikuna, kuna taganemisõigus ei ole osadeks jaotatav.
21. **Ebaõnnestunuks tuleb lugeda VÕS § 116 lg 3 regulatsioon**, mis tulenevalt sätte sõnastusest, seaduse süstemaatikast ja regulatsiooni eeskujallikatest ühelt poolt lubab ja teiselt poolt ka kohustab võlausaldajat taganema lepingust piiratud ulatuses üksnes juhul, kui võlgnikul tuleb kohustused täita *ositi*. Selline lahendus ei ole mõistlik, kuna säte ei kohaldu osalise täitmise juhtumitele. Laiendamaks VÕS § 116 lg 3 reguleerimisala ning võttes arvesse poolte huvide tasakaalustamise vajaduse, pakub autor *de lege ferenda* korras muuta sätet järgmiselt (vrdl p 12):

„Kui lepingust tulenevad kohustused on osadeks jaotatavad ja võlgnik on täitnud kohustused osaliselt, võib võlausaldaja lepingust taganeda üksnes rikutud osa suhtes. Võlausaldaja võib lepingust tervikuna taganeda üksnes juhul, kui tal puudub osalise täitmise vastu mõistlik huvi või rikkumine on oluline lepingu kui terviku suhtes.”

22. **Suuri küsitavusi tõstatab Riigikohtu VÕS § 223 järgne praktika** ostja taganemisõigusest asja lepingutingimustele mittevastavuse korral. Kuigi VÕS § 223 näeb selgesõnaliselt ostjale ette täiendava aluse lepingust taganemiseks, hindab Riigikohus pea eranditult asja lepingutingimustele mittevastavuse korral ostja õigust lepingust taganeda VÕS § 116 järgi. Teatud mõõndustega võib väita, et Riigikohtu praktika tulemusena on VÕS § 223 regulatsioonist saanud juhuslikult kohaldamisele kuuluv erand, mitte aga reegel, nagu seadus sätestab. Tulemus, kus

Riigikohus eirab seaduse ühemõttelist regulatsiooni, on autori hinnangul lubamatu ja rikub oluliselt õiguskindluse põhimõtet.

23. **Osaliselt ebaõnnestunuks tuleb pidada ka VÕS § 223 regulatsiooni**, mis lubab ostjal müügieseme puuduste mõistliku tähtaja jooksul kõrvaldamata jätmisel taganeda lepingust sõltumata rikkumise ulatusest, sh marginaalse puuduse korral. Pidades silmas poolte huvide tasakaalustamise vajadust, pakub autor välja täiendada VÕS § 223 lg 3 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt (vrdl p 12):

„Ostja ei või lepingust taganeda ega nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel, kui asja lepingutingimustele mittevastavus on vähetähtis.”

24. Põhimõtteline erinevus eksisteerib kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ja lepingust taganemise õiguse kasutamise tähtaja osas (vt p 14). **Ebaõnnestunuks tuleb pidada VÕS § 118 lg 1 regulatsiooni**, mis piirab võlausaldaja lepingust taganemise õigust ka võlgniku *mittetäitmis*es seisneva rikkumise puhuks. Sarnast piirangut ükski sätte eeskujullikatest ette ei näe. Võlgnikul, kes kohustusi ei täida, ei saa tekkida õigustatud ootust täitmisseuhte püsijäämise suhtes. Kehtiva regulatsiooniga kaasnevad soovimatud ja anomaalsed tulemused, mistõttu ei saa seda pidada õigustatuks. Võttes täiendavalt arvesse Riigikohtu ebajärjepideva ja vastuolulise praktika, teeb autor ettepaneku täiendada VÕS § 118 regulatsiooni *de lege ferenda* järgmiselt:

„(1'1) Võlgniku poolt kohustuse mittetäitmisel hakkab lõikes 1 nimetatud tähtaeg kulgema alates hetkest, mil võlausaldaja on kohustuse täitmisest või kohustuse täitmise pakkumisest teada saanud või teada saama pidanud.”

25. Üldiselt tuleks lubada võlausaldajal lepingust taganemise ja kahju hüvitamise täitmise asemel **nõude vahetamist ius variandi raames**. Seejuures peaks ühelt õiguskaitsevahendilt teisele üleminek olema välistatud üksnes juhul ja ulatuses, milles võlgnikul on esialgselt kasutatud õiguskaitsevahendi tagajärgede püsijäämise osas tekkinud kaitset vääriv huvi. Kuna reeglina sellist erilist huvi ei eksisteeri (eelkõige kui võlgnik vaidleb rikkumise olemasolule vastu), peaks õiguskaitsevahendi vahetamine olema lubatud niivõrd, kui see ei riku hea usu põhimõtet. Samuti peaks võlausaldaja olema reeglina vaba valima, kas ta nõuab kahju hüvitamist kogu täitmise asemel või üksnes piiratud. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõude ulatuse muutmine – s.o piiratud kahju hüvitamise täitmise asemel nõudelt kogu kahju täitmise asemel nõudele üleminek, ja vastupidi – peaks olema keelatud üksnes niivõrd, kui see on vastuolus hea usu põhimõttega või rikub võlgniku erilist huvi esitatud nõude ulatuse suhtes.

Seega leidis punktide 5–25 alusel kinnitust töö teine hüpotees, et ostja poolt kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamist ei saa samastada lepingust taganemisega ja nõude esitamine ei too kaasa lepingust taganemise tagajärgi. Kahju hüvitamise täitmise asemel nõue ja lepingust taganemine on erinevad õiguskaitsevahendid, millel on erinevad eesmärgid, kohaldamisala, maksmapaneku tingimused ja tagajärjed.

Kahju hüvitamise täitmise asemel nõudele ei saa analoogia korras ega tulenevalt hea usu põhimõttest laiendada VÕS § 118 lg 1 regulatsiooni, mis näeb võlausaldajale ette lepingust taganemise õigust lõpetava tähtaja.

26. VÕS § 135 sätestab ostja õiguse nõuda lepingust taganemise järgselt hinnavahe hüvitamist. Regulatsiooni **eesmärk on lihtsustada** võlausaldajale lepingust taganemisel tekkiva tüüpilise kahju arvestamist ja tõendamist. Ostja saab arvestada kahju kas tegelikult sõlmitud asendustehingu alusel *konkreetselt* või turuhinnast lähtuvalt *abstraktselt*. Õigus arvestada hinnavahe hüvitist lähtuvalt konkreetselt sõlmitud asendustehingust eksisteerib ostjal üksnes tingimusel, et asendustehing on tehtud mõistlikul viisil, mõistliku aja jooksul ning *peale* lepingust taganemist. Nõue, et ostja peab asendustehingu tegemise hetkeks olema lepingust taganenud, kehtib mh juhul, kui ostjal oli asendustehingu tegemise ajal tegelikkuses lepingust taganemise õigus, samuti juhul, kui müüja on täitmisest keeldunud või kui taganemisõigus tekib peale asendustehingu tegemist.
27. Asendustehingu mõistlikul viisil tegemise kohustus tähendab, et asendustehing peab asjaoludest tulenevalt olema sõlmitud **esialgse lepinguga võimalikult samaväärsetel tingimustel**. See ei tähenda, et asendustehingu tingimused peaksid olema identsed: oluline on, et asendustehing oleks tehtud taganetud lepingu asendamiseks ja et asendustehinguga omandatud saaks käsitleda mõistliku asenduse. Kui asendustehing ei vasta VÕS § 135 lg 1 tingimustele, ei saa ostja arvestada hinnavahe hüvitist VÕS § 135 lg 1 järgi. See ei piira reeglina ostja õigust arvestada kahju abstraktselt (VÕS § 135 lg 2).
28. Ostja õigus arvestada kahju abstraktselt põhineb ideel, et võlausaldajal on õigus ja võimalus sõlmida turutingimustel asendustehing ja ainuüksi asjaolu, et võlausaldaja seda mingil põhjusel ei tee, ei peaks vabastama võlgnikku kahju hüvitamise kohustusest. Seega on **abstraktse hinnavahe hüvitise eesmärk** seada ostja majanduslikult olukorda, milles ta oleks olnud, kui ta oleks hüpoteetilise asendustehingu sõlminud. Kahju abstraktsel arvestamisel ei pea ostja tõendama talle tegelikult tekkinud kahju, samuti ei saa müüja esitada nõudele vastuväidet, et ostja tegelikkuses kaupa ei vajanud või et tal puudus soov kaup edasi võõrandada (teenida sellelt tulu).
29. Nii konkreetselt kui ka abstraktselt arvestatud hinnavahe hüvitise näol on tegemist **miinimumkahju nõudega**, mis tähendab, et lisaks hinnavahe hüvitamisele võib ostja nõuda talle ka müüja kohustuste rikkumisest põhjustatud muu kahju hüvitamist (VÕS § 135 lg 3). Sellise muu kahju hüvitamisel tuleb lähtuda kahju hüvitamise üldregulatsioonist (VÕS § 127) ja ostjal tuleb iga talle tekkinud kahju konkreetselt tõendada. VÕS § 135 järgne nõude maksmapaneku lihtsustatud tõendamiskoormis siin ei kehti. Muudeks tüüpilisteks hüvitamisele kuuluvateks kahjudeks on müügieseme lepingutingimustele mittevastavuse ja kahju kindlaks tegemisega seotud kulutused, müügieseme hoiustamis- ja säilitamiskulutused, kauba tagasisaatmise kulutused, samuti kuuluvad hüvitamisele asendustehingu tegemisele kantud tavapärased ja mõistlikud maakleritasud ning transpordikulud. Reeglina on ostjal õigus nõuda ka *saamata jäänud tulu* hüvitamist, kuna hinnavahe hüvitamise ja saamata jäänud tulu nõue kaitsevad ostja erinevaid huve. See ei tähenda, et ostjal oleks hinnavahe ja saamata jäänud tulu nõuete kombineerimisel

õigus enese paremasse olukorda asetamisele, kui ta oleks olnud müüja poolt kohustuste kohasel täitmisel. Selline tulemus oleks vastuolus kahju hüvitamise regulatsiooni aluseks oleva rikastumise keelu põhimõttega.

30. **Küsitavusi tekitab VÕS § 135 lg 2 regulatsioon**, mille järgi võib ostja arvestada kahju abstraktselt *ka juhul*, kui ta on tegelikkuses sõlminud asendustehingu. Selliselt erineb VÕS § 135 oluliselt sätte eeskujuks olnud CISG-i, PECL-i ja PICC-i regulatsioonist, mille järgi on abstraktselt arvestataval hüvitisel subsidiaarne tähendus: ostja saab arvestada kahju abstraktselt üksnes konkreetse asendustehingu puudumisel. VÕS-i lahendust, mis annab ostjale valikuõiguse, tuleb pidada ebaõnnestunuks, kuna see võimaldab ostja kuritarvitusi ja müüja arvel rikastuda. Autori hinnangul tuleks tõsiselt kaaluda VÕS § 135 lg 2 muutmist selliselt, et õigus arvestada hinnavahe hüvitist abstraktselt eksisteerib võlausaldaajal *üksnes juhul*, kui hüvitise arvestamine asendustehingu järgi ei peaks mingil põhjusel kõne alla tulema.
31. Kuna VÕS § 135 eesmärk on lihtsustada ostja jaoks müüja täitmisest loobumisel tüüpiliselt tekkiva kahju sissenõudmist, siis ei piira säte ostja **õigust arvestada hinnavahe hüvitist lähtuvalt kahju üldregulatsiooni sätetest** (VÕS § 127). See tähendab, et kui ostja ei saa lepingust taganemisel arvestada kahju VÕS § 135 lg 1 või lg 2 järgi (nt on asendustehing tehtud mõistliku aja möödudes või puudub müügiesemel turuhind), ei piira see ostja õigust nõuda hinnavahe hüvitamist. VÕS § 127 järgsele hüvitisnõudele ei laiene aga VÕS §-s 135 sätestatud lihtsustatud hüvitise arvestamise põhimõtted ja ostjal tuleb tekkinud kahju igakordselt tõendada. Müüja huvid on kaitstud seeläbi, et ebamõistliku ja turuhinda ületava asendustehingu korral võib ta esitada vastuväite, et kahju on osaliselt tekkinud ostjast endast tingituna (VÕS § 139 lg 2).
32. **Nõustuda ei saa Riigikohtu praktikaga**, mis lubab ostjal nõuda hinnavahe hüvita mist üksnes tingimusel, et ostja on eelnevalt lepingust taganenud. Kuna ostja saab saavutada hinnavahe hüvitise nõude maksmapaneku eelduseks oleva *dispositsioonivabaduse* lisaks lepingust taganemisele ka kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise teel, võib ta nõuda hinnavahe hüvitamist ka kahju hüvitamise täitmise asemel nõude raames (VÕS § 115 ja § 127 koosmõjus). Lepingust taganemine sul juhul vajalik ei ole. VÕS-i regulatsioon erineb siin oluliselt CISG-st, PECL-st ja PICC-st, milles puudub eraldiseisev kahju hüvitamise täitmise asemel nõue. Viidatud regulatsioonides saab ostja vabaneda müüja täitmisest tervikuna ning saavutada seeläbi dispositsioonivabaduse üksnes juhul, kui ta taganeb lepingust. VÕS sarnaneb aga BGB-le, mis samuti lubab ostjal nõuda kahju hüvitamist kogu täitmise asemel ilmaeelnevalt lepingust taganemata. Sellise nõude raames on ostjal õigus nii puudusteta kauba väärtuse, asendustehingule kantud kulutuste kui hinnavahe hüvitamisele. Sama kehtib VÕS-i järgi.
33. Ostja poolt kahju hüvitamise kogu täitmise asemel nõude esitamise tulemusena **kujunevad pooltevahelised kohustused ümber järgmiselt**. Müüja täitmiskohustus lõpeb ja asendub kahju hüvitamise kohustusega, mille sisuks on müüja soorituse väärtuse või ostja poolt asendustehingule kantud kulutuste hüvitamine. Kuna kahju hüvitamise täitmise asemel nõude esitamine ei lõpeta ostja vastusoorituskohustuseks olevat ostuhinna tasumise kohustust, saab ostja sellise

kohustuse lõpetada tasaarvestuse teel: ostja ostuhinna tasumise ja müüja kahju hüvitamise kohustus lõpevad kattuvus osas. Selle tulemusena realiseerubki ostja õigus hinnavahe hüvitisele. Kui ostja esitab hinnavahe hüvitamise nõude peale müüja poolt müügieseme ostjale üleandmist, tuleb tal tagastada saadud müügiese müüja poolt kahjuhüvitise tasumise vastu (VÕS § 115 lg 4, VÕS § 110). Õigus nõuda hinnavahe hüvitamist ei piira ostja õigust nõuda talle tekkinud muu kahju hüvitamist, sh õigust saamata jäänud tulule (vrdl p 29).

34. **Seevastu nn lihtsa ehk täitmise kõrval kahjunõude raames ostja hinnavahe hüvitamist nõuda ei saa.** Kuna hinnavahe hüvitise tulemusena loobub ostja müüja täitmisest tervikuna, soovides edaspidi lepingu täitmisega silmas peetud positiivse huvi rahuldamist kahju hüvitamise teel, kvalifitseerub hinnavahe hüvitise nõue kahju hüvitamise nõudeks täitmise asemel. Kahju hüvitamist täitmise asemel saab ostja VÕS § 115 lg 2 ls 1 järgi reeglina nõuda üksnes rikkumise kõrvaldamiseks antud täiendava tähtaja edutul möödumisel. See põhineb kaalutlusel, et kui võimaldada ostjale hinnavahe hüvitamist ka nn lihtsa kahjunõude raames, oleks tulemus vastuolus kahju hüvitamise täitmise asemel nõude keskmeks oleva täiendava tähtaja instituudi selliste eesmärkidega, nagu täitmissuhte säilitamine, lepingujärgse positiivse programmi elluviimine, turuspekulatsioonide ja kuritarvituste vältimine ning turustus- ehk müügifunktsiooni realiseerumine. Lubades ostjale hinnavahe hüvitamist nn lihtsa kahjunõude raames, oleks tulemuseks olukord, kus ostja saaks vabaneda müüja täitmisest mis tahes (sh ebaolulise) rikkumise tulemusena, mh nt lühiajalisel täitmisega viivitamisel või hõlpsasti kõrvaldatava puuduse ettekäändel. Selline tulemus ei oleks aga kooskõlas poolte huvide tasakaalustamise vajadusega ja võimaldaks ostjal müüja arvel lubamatult spekuleerida. Seetõttu ongi *täitmissuhte lõpetavate õiguskaitsevahendite* kasutamine piiratud (VÕS § 115 lg 2–3, VÕS § 116 lg 1–2, VÕS § 223). Kui asendustehingu sõlmimine aitab aga üksikjuhtumil vähendada oluliselt kogukahjusid, võib ostja sõlmida asendustehingu sõltumata täiendava tähtaja määramisest või rikkumise ebaolulisusest. Sellisel juhul on kahju kohene hüvitamine õigustatud tulenevalt muust olulisest põhjusest (VÕS § 115 lg 3 alt 3), vastates nii ostja kui müüja huvidele.

Seega leidis punktide 26–34 alusel kinnitust ka töö kolmas hüpotees, et VÕS § 135 näol ei ole tegemist eksklusiivse hinnavahe hüvitise arvestamise regulatsiooniga ja ostja võib arvestada hinnavahe hüvitist ka kahju üldsätete järgi. Samuti leidis kinnitust, et ostja hinnavahe hüvitise nõue ei eeldalepingust eelnevat taganemist. Ostja saab nõuda hinnavahe hüvitamist kahju hüvitamist täitmise asemel nõude raames. Nn lihtsa ehk täitmise kõrval kahjunõudega hinnavahe hüvitamise õigust ei kaasne.

SUMMARY

A CLAIM FOR DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE BASED ON THE EXAMPLE OF THE BUYER'S RIGHTS

INTRODUCTION

A claim for damages is an important, if not the most important, contractual remedy. In Estonian law, § 115 of the Law of Obligations Act (LOA) ensures the creditor's right to claim compensation for damage caused by a breach of contract.¹⁴⁸⁸ This provision forms the basis for claiming compensation and delineates the prerequisites for asserting a damages claim in the case of a breach of contract. Unlike the legal systems of most continental European countries, international conventions and model laws,¹⁴⁸⁹ the LOA differentiates between two types of claims for damages. Under the LOA, the creditor may either claim compensation for damage together with or in lieu of performance from the debtor (§ 115(1) of the LOA).

Although the LOA's notable § 115 has been in force for fifteen years, it has not yet been the subject of extensive and dogmatic analysis in Estonian legal literature. Some case law and a limited amount of theoretical literature address simple damages claims (a claim for damages together with performance)¹⁴⁹⁰. In regard to the filing of a claim for damages in lieu of performance, however, there is still almost no thorough theoretical analysis, and certainly no development of clear-cut and comprehensive case law.¹⁴⁹¹ It may be argued (with slight exaggeration) that not only has a claim for damages in lieu of performance not been studied, it is, to a large extent, an undiscovered area of legal study. This reinforces the relevance and importance of the study.

The core associated issues are as follows: a) What is the purpose of the regulation and why is it necessary to regulate the claim separately? b) What are the preconditions for filing a claim and what are the subsequent effects on the obligation between the parties? c) How does the claim relate to other legal remedies, in particular, to a claim of performance and withdrawal from a contract? d) What are the restrictions relating

¹⁴⁸⁸ The object of the study of the dissertation does not include claims arising from unlawfully caused damage (claims in delict), § 1043 et seq. of the LOA.

¹⁴⁸⁹ Among these international legislations are United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (hereinafter CISG), Principles of European Contract Law (hereinafter PECL) and UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (hereinafter PICC), after which the system of remedies of the LOA has been modelled.

¹⁴⁹⁰ See ch. 1.3 for delimitation.

¹⁴⁹¹ So far, the Supreme Court has only made fragmentary statements discussing claims for damages in lieu of performance; for example, they note that the cost of remedying the lack of conformity of the goods within a sales contract is to be deemed damage in lieu of performance. They further note that if the creditor has a vindication claim, then a claim to reimburse the value of goods instead of surrendering them qualifies as a claim for damages in lieu of performance. The Supreme Court has also held that claiming damages in lieu of the performance of a principal obligation should be construed as an implicit withdrawal from the contract. The discussion of a claim for damages in lieu of performance does not go much further than this. See CCSCd, 3-2-1-100-15; CCSCd, 3-2-1-115-04; CCSCd, 3-2-1-5-12; CCSCd, 3-2-1-98-09; CCSCd, 3-2-1-50-06; CCSCd, 3-2-1-165-09.

to the extent of the creditor's claim and whether the creditor may claim compensation for the difference in price without withdrawing from the contract? These issues have either not been analyzed at all in legal literature and case law, or have been discussed only briefly, limited to a few fragmentary and laconic statements. This lack of legal investigation has resulted in the domestic judicial arena leaving unclear the significance of the regulation of a claim for damages in lieu of performance, the purpose of the regulation and the nature of the claim. However, this type of damages claim is a remedy that has important practical significance for protecting creditors' rights.

Since a claim for damages in lieu of performance involves several complex issues, the author had to set reasonable limits to the dissertation. The reason for choosing contracts of sale and more precisely the buyer's right to claim damages in lieu of performance is practical: contracts of sale are undoubtedly the most commonly used contracts and therefore, they make up the most critical part of legal disputes. Based on the foregoing, the dissertation has two general objectives. The first is to identify the purpose, necessity for, and nature of the regulation of a claim for damages in lieu of performance. The second purpose is to specify the prerequisites for asserting a claim for damages in lieu of performance, as well as the functionality of such a remedy. The analysis takes the rights of the buyer as an example in order to showcase the complications that typically arise from filing a damages claim in lieu of performance.

The dissertation asserts three general hypotheses congruent to its objectives. **The first hypothesis** is that the purpose of the divergent types of damages claims in § 115 of the LOA is to strengthen the parties' ties to the performance relationship and protect the debtor from unjustified termination of the performance relationship by the creditor. The regulation further guarantees an additional possibility for the debtor to perform his obligation at his own cost and receive the entire benefit expected under the contract.

The second hypothesis is that the filing of a claim for damages in lieu of performance by the buyer cannot be equated with withdrawal from a contract. As such, it cannot assume the consequences of withdrawing from a contract. The aim of the second hypothesis takes into question the statement of the Supreme Court postulating that filing a claim for damages in lieu of the performance of the principal obligation constitutes a withdrawal from contract. An essential tenet of this hypothesis is the view that claims for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract are different legal remedies that have different purposes, conditions for assertion, scopes of application and consequences.

The third hypothesis of the dissertation is that § 135 of the LOA is not an exclusive regulation based on which the buyer may calculate compensation for the difference in price. This hypothesis asserts that the buyer also has a right to calculate compensation for the difference in price in accordance with the general provisions governing compensation for damage (§ 127 of the LOA). Furthermore, the right to claim compensation for the difference in price does not require the buyer to first withdraw from the contract of sale.

The research questions of the dissertation are based on the objective of the dissertation and the hypotheses put forward. The main research questions of the dissertation are the following:

1. What are the objectives of making a distinction on regulatory level between damages together with performance and in lieu of performance? Why is it necessary to delimit different claims and what are the risks the creditor may face in relation thereto?
2. What are the circumstances under which the buyer is entitled to claim damages in lieu of performance and how are the interests of the seller protected in this regard?
3. What interest does the buyer's claim for damages in lieu of performance seek to bolster and for what type of damage does it seek to compensate? How should the buyer's damage be calculated? What are the restrictions on asserting the buyer's claim and on the extent of the claim?
4. How does the buyer's claim for damages in lieu of performance differ from withdrawal from a contract in terms of its purpose, prerequisites, and consequences? To what extent, can the conditions for withdrawing from a contract and applicable restrictions be extended to a damages claim in lieu of performance?
5. How does the buyer's claim for damages in lieu of performance relate to a claim of performance and withdrawal from a contract? What is the buyer's *ius variandi* in withdrawing from a contract via a claim for damages in lieu of performance?
6. What is the purpose of the regulation of compensation for the difference in price under § 135 of the LOA and how does the provision relate to the general regulation of compensation for damage? How does abstractly calculated compensation for the difference in price compete with concretely calculated compensation for the difference in price? How do those calculations then relate to the buyer's right to claim compensation for other damage, incl. loss of profit?
7. Why is the calculation of compensation for the difference in price under § 135 of the LOA tied to previous withdrawal from the contract by the buyer? What are the possibilities for the buyer, who has withdrawn from the contract, to calculate compensation for the difference in price based on an earlier substitute transaction? Under what conditions, can the buyer calculate compensation for the difference in price based on § 115 of LOA? Can the buyer claim compensation for the difference in price without withdrawing from the contract?

The structure of the dissertation is based on the objectives, hypotheses and research questions of the dissertation. The dissertation has five chapters. **The first chapter** focuses on the general characteristics of a claim for damages in lieu of performance. It seeks answers to the questions regarding the purpose of and necessity for a separate regulation of the claim. It reviews how claims for compensation for contractual damage are regulated in CISG, PECL, PICC and BGB¹⁴⁹², on which the LOA has been based. The first chapter furthermore explores why the LOA includes a solution that allows creditors to claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted for remedying the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA).

¹⁴⁹² Bürgerliches Gesetzbuch (hereinafter BGB), the civil code of Germany.

The second and third chapter of the dissertation focus on specific prerequisites for asserting the buyer's claim for damages in lieu of performance.¹⁴⁹³ It discusses the prerequisites for filing a claim (general and specific cases) as well as the typical circumstances eliminating a right of claim. The structure of the dissertation is based on typical cases of the seller's non-performance. The second chapter focuses on the buyer's right to claim damages in lieu of performance if the seller fails to perform principal obligations. The third chapter of the dissertation analyzes the buyer's right of claim upon partial performance of the seller's obligations, non-conformity of goods to the contract, and non-performance of accessory obligations. The second chapter of the dissertation is more generally significant and works as so called general part, as it addresses the general issues of asserting a claim (such as granting an additional term and its unsuccessful expiry, absence of the need to grant an additional term, restrictions on the extent of a claim, and so forth). This means that insofar as the third chapter of the dissertation does not set out specifications, the findings of the second chapter are applicable *mutatis mutandis*.

The fourth chapter of the dissertation focuses on the effects of claim for damages in lieu of performance. This chapter first answers the question, what is the relationship between a claim for damages in lieu of performance and a claim of performance? Second, it explores what the effect of filing a claim for damages in lieu of performance has on the buyer's (the creditor's) obligation of counter-performance. Third, this chapter reviews typical incidental consequences of filing a claim. And lastly, it explores the buyer's rights under *ius variandi*, in the context of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract?

The fifth and final chapter of the dissertation focuses on the buyer's right to claim compensation for the difference in price. This section analyzes the prerequisites for, consequences of, and restrictions on the assertion of the buyer's claim for compensation for the difference in price. It seeks an answer to the question of whether § 135 of the LOA represents an exclusive regulation enabling the buyer to calculate compensation for the difference in price, or whether the buyer has a right to calculate compensation for the difference in price based on the general provisions applying to compensation for damage (§ 127 of the LOA). This chapter tackles the key issue of whether the buyer can claim compensation for the difference in price without having withdrawn from the contract. The fifth chapter of the dissertation is, to a large extent, inspired by the case law of the Supreme Court and the questionable interpretations given therein.

Since the author's objective was to analyze current law in Estonia, determine its significance and, if necessary, suggest amendments, the main emphasis in writing this dissertation has been on the dogmatic method. The dissertation also uses the historic and comparative methods because the regulation of legal remedies in the LOA is largely based on the CISG, PECL, PICC and BGB. It has been necessary to apply the historic method to find out the sources and follow the development of the regulation

¹⁴⁹³ Following the aim of the dissertation, the general prerequisites for the buyer's claim for compensation for contractual damage, such as the validity of a contract of sale, liability, definition of damage, causal link *etc.*, are not analyzed in this dissertation.

of a claim for damages in the LOA. The comparative method allows finding additional arguments for the systematics of Estonian law and the substantive content of provisions through comparative-legal reasoning. The case law of the Supreme Court of Estonia also emphasizes the importance of the comparative method in interpreting Estonian law. In addition to examining local legal literature and court practice, this dissertation analyses German legal literature and case law. This takes into account the fact that the regulation of claims for damages in lieu of performance is rooted in the BGB; it is also necessary due to the lack of substantial analysis in Estonian legal literature. The sources which have been most frequently used are well-recognised BGB commentary series such as Staudinger, Münchener Kommentar, Soergel, Palandt, Prütting/Wegen/Weinreich, as well as articles from well-known authors like Lorenz, Huber, Schwarze, Looschelders, Schroeter. The CISG, PECL and PICC, and relevant legal literature provide the second main source for comparison. Given the author's main objective to dogmatically analyze the significance and functionality of the regulation of the LOA, the sources used for comparison are ones on which the LOA has been based (in particular, the CISG, PECL, PICC and BGB). The Consumer Sales Directive¹⁴⁹⁴ and Consumer Rights Directive¹⁴⁹⁵ have been addressed to a minimum extent in the dissertation because these do not govern damages claims. The same applies to the proposal made by the European Commission regarding contracts for online and other distance sales of goods.¹⁴⁹⁶ The author emphasises that the dissertation lacks an independent comparative legal ambition.

Finally, the author notes that the dissertation does not aim to look for only one correct answer. No such answers exist in law. This dissertation represents the author's understanding of the institute of a claim for damages in lieu of performance and the broader regulation of remedies in the LOA. The Supreme Court's case law as at 1 June 2016 has been consulted at the time of writing this dissertation.

The following is a summary of the research issues and conclusions of the thesis.

¹⁴⁹⁴ Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees (hereinafter Consumer Sales Directive).

¹⁴⁹⁵ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, cf. recital 53 of the preamble.

¹⁴⁹⁶ Directive of the European Parliament and of the Council COM(2015) 635 final on certain aspects concerning contracts for the online and other distance sales of goods. Except, art. 14 of the proposal which sets out that consumers have to be entitled to a remedy for the lack of conformity within two years (cf. first sentence of § 218(2) of the LOA).

1. THE PURPOSE OF THE REGULATION OF CLAIM FOR DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE AND DELIMITING THE CLAIM FROM CLAIM FOR DAMAGES TOGETHER WITH PERFORMANCE

1.1 Regulation of a claim for damages in lieu of performance

The regulation and systematics of non-performance and legal remedies in the LOA are based on the CISG, PECL, PICC and BGB. Pursuant to § 115(1) of the LOA, which governs the creditor's right to claim damages if the debtor violates contractual obligations, the creditor may claim compensation for damage *together with or in lieu of performance*. In most cases, the creditor may claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted to the debtor for remedying the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA in conjunction with § 114 of the LOA). Only under exceptional (certain) circumstances it is not necessary to grant an additional term (§ 115(3) of the LOA). The following section analyzes how a claim for damages arising from a contract is regulated in CISG, PECL, PICC, and BGB.¹⁴⁹⁷ Such an analysis is required to identify the foundations and the sources of development of § 115 of the LOA.

The CISG, PECL and PICC provide practically identical stipulations for the creditor's right to claim damages. The creditor may claim damages if the following general prerequisites have been met:¹⁴⁹⁸

- 1) the debtor has not performed;
- 2) the creditor has suffered damage;
- 3) there is a causal link between the non-performance and occurrence of damage;
- 4) the non-performance is not excused.

All the referenced rules are based on a uniform concept of non-performance. This means that the creditor may resort to legal remedies regardless of what constituted the non-performance or what caused it (so-called remedy approach). Furthermore, the filing of a claim for damages does not require the non-performance to be fundamental. In the context of the buyer's rights it means that the buyer may claim damages regardless of whether the seller has violated a principal or an accessory obligation. It is moreover not relevant whether it is a violation of a performance obligation or an obligation that supports performance (such as labeling of goods or fulfilling protection obligations) or a violation of an obligation that is directly or indirectly related to the performance of some other principal obligation (e.g. violation of the obligation to cooperate). Thus, in order to file a damages claim, every non-performance is of equal significance and is sufficient.

¹⁴⁹⁷ These are the regulations after which the system of remedies in the LOA has been modelled.

¹⁴⁹⁸ See CISG art 45(1), art 74, art 79; PECL art 9:501, art 9:502, art 8:108; PICC art 7.4.1, art 7.4.2, art 7.1.7.

It is important to highlight that unlike § 115 of the LOA, the CISG, PECL and PICC do not differentiate between the creditor's right to claim damages *together with performance* and *in lieu of performance* (cf. § 115(2)-(3) of the LOA). All those regulations specify a single claim for damages based on which the creditor's right to claim damages together with and in lieu of performance is governed, as well as the creditor's right to claim damages for delay, and claims arising from damage caused to the creditor's property by the debtor during the performance of obligations.¹⁴⁹⁹ Therefore, provided that the general prerequisites for a claim for damages are met, the creditor may claim compensation for any damage caused by non-performance. The creditor has this right regardless of which obligation the debtor has breached and why. This also means that the creditor may claim damages together with performance and in lieu of performance upon the occurrence of the same prerequisites.¹⁵⁰⁰ In other words, the CISG, PECL and PICC do not require the existence of additional circumstances, such as the unsuccessful expiry of additional term granted to remedy the non-performance or that the debtor's non-performance be material, which would justify filing a claim for damages in lieu of performance. Therefore, the creditor is not, in principle, forbidden to use a claim for damages in lieu of performance as the first remedy. This means for example that the buyer may, inter alia, claim immediate compensation for repair costs.

This does not, however, mean that under the CISG, PECL and PICC the debtor has absolutely no right to remedy the non-performance at his own cost. In order to balance the parties' interests related to the performance of the contract, in particular as regards bearing the costs of performance and expected gain from the performance, the debtor may, in certain cases, have the right to cure the non-performance. Exercising the right to cure expects the debtor is actively involved; there is no general restriction on the creditor's choice of remedies and the debtor's right to remedy the non-performance at his own expense. Doing so, on the part of the debtor, has effect only if he exercises this right actively and within the time limit. To that end, the debtor (seller) has to inform the creditor (buyer) of intent to cure as well as planned measures. He then must take those necessary measures.¹⁵⁰¹ Otherwise the debtor will lose the protection relating to cure. In general, cure is not allowed if it causes unjustified inconvenience for the creditor. This is how the manner and legal solution of achieving the protection of the debtor under the CISG, PECL and PICC are considerably different from rules that contain the requirement of additional term and do not recognise the institute of cure. A claim for damages under the CISG, PECL and PICC is not a so-called secondary legal remedy.

It is noted in legal literature that the main models for § 115 of the LOA are §§ 280-281 of the BGB which govern the creditor's right to claim damages if the

¹⁴⁹⁹ Except claims in delict which the CISG, PECL and PICC do not govern.

¹⁵⁰⁰ This applies, in particular, to the buyer's right to claim compensation for damage caused by lack of conformity of goods (e.g. reimbursement of costs of remedying the lack of conformity or compensation for the lower value of the non-conforming goods). See ch. 5 for the specifics of the buyer's claim for offsetting price differences.

¹⁵⁰¹ See CISG art 48; PECL art 8:104; PICC art 7.1.4.

debtor breaches a duty arising from an obligation (in German, *Schuldverhältnis*). Under the BGB, claiming damages requires the debtor be liable for the non-performance, i.e. the debtor is at fault for violating the obligation (§ 276 of the BGB). Unlike the CISG, PECL and PICC the following claims for damages are distinguished in §§ 280-286 of the BGB:

- a) the general right of the creditor to claim compensation for damage in the case of a breach of a duty arising from an obligation (§ 280 of the BGB) (known as *einfaches Schaden*);
- b) the creditor's right to claim damages in lieu of performance (§§ 281-283 in conjunction with § 280 of the BGB):

Usually, the creditor may claim damages in lieu of performance only upon the expiry of an additional term (see exceptions). An additional distinction is drawn with respect to the right to file a claim based on its extent: the creditor's right to claim damages *in lieu of performance* (*Schadensersatz statt der Leistung*) and *in lieu of full performance* (*Schadensersatz statt der ganzen Leistung*). The first is often referred to "as minor damage" and the second as "major damage".

- c) the right to compensate for damage for delay (§ 286 of the BGB in conjunction with § 280);
- d) the creditor's right to claim reimbursement of futile expenses (§ 284 of the BGB) and the creditor's right to require the debtor to return the reimbursement which the debtor has obtained in lieu of the object of performance (§ 285 of the BGB) are regulated separately.

The regulation of the BGB that has been the direct example for § 115 of the LOA differs from the CISG, PECL and PICC primarily in the following aspects. First, the BGB sets out criteria for asserting different types of claims for damages distinguishing between the creditor's right to claim damages together with performance (§ 280(1) of the BGB) and in lieu of performance (§§ 280-283 of the BGB). Conversely, the CISG, PECL and PICC do not draw such a distinction and are guided by a uniform claim for damages. Second, the BGB does not follow the so-called classic concept of a uniform non-performance; it distinguishes between the creditor's right to claim damages depending on the type of obligation that was violated and the reasoning behind it (cf. §§ 281-283, 286 of the BGB).¹⁵⁰² Third, unlike the CISG, PECL and PICC that follow the principle of strict liability, the BGB requires the debtor to have wrongfully violated an obligation (in German, *Verschuldensprinzip*) (§ 276 of the BGB). Fourth, the debtor's right to cure under the BGB is based on the provisions governing additional term (*Nachfrist*).¹⁵⁰³ The BGB stipulates that the creditor may only use remedies that terminate the performance relationship upon the expiry of an additional term (cf. BGB § 281, § 323, subsection 1 of § 437 and § 441).¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰² This is a simplified statement which serves primarily an illustrative purpose.

¹⁵⁰³ See Schroeter (2007), S. 28 ff.

¹⁵⁰⁴ Cf. BGB § 281, § 323, § 437, subsection 2 and § 441.

Based on the analysis above, it may be said that a claim for damages in the LOA is a unique combination of the principles of the BGB and the CISG, PECL and PICC. On the one hand, like the BGB, the LOA distinguishes between the creditor's right to claim damages together with performance and in lieu of performance (§ 115 of the LOA). On the other, the system of legal remedies in the LOA is based on the uniform concept of non-performance common to the CISG, PECL and PICC (so-called remedy approach) without making a distinction between a violation of a principal obligation and an accessory obligation. Any non-performance, regardless of its type and reasons, provides grounds for a damages claim. Consequently, § 115 of the LOA covers all of the debtor's obligations and instances of non-performance (the so-called remedy approach). Once again, this indicates that the regulation of a claim for damages in lieu of performance under the LOA is a hybrid of different principles and regulations, making it difficult to comprehend.

Regarding the creditor's right to claim damages in lieu of full performance, it is noteworthy that unlike the BGB, the LOA does not explicitly cover the various circumstances and obligations that might drive a creditor to file a claim (cf. BGB §§ 281-283). Furthermore, the LOA does not provide that the creditor may claim damages in lieu of full performance only upon the presence of additional circumstances (higher criteria). This, however, means that each non-performance must be treated as equal. A violation of an accessory obligation may also give the creditor a right to file a claim in lieu of full performance.¹⁵⁰⁵ The issue of whether the regulation in the LOA is reasonable and justified will be addressed later in this dissertation.

1.2 The purpose of a separate regulation of a claim for damages in lieu of performance

Similar to § 281(1) of the BGB the creditor may, based on the first sentence of § 115(2) of the LOA, claim damages in lieu of performance only upon the expiry of the additional term granted for remedying the non-performance. The objectives of such a regulation refer to the purposes for the institution of an additional term. The most important of which are summarised below:

- 1) To give the debtor an additional (i.e. last) chance to perform or remedy the non-conformity of the performance

The debtor then may receive the entire benefit expected under the contract. The requirement of an additional term restricts the creditor's right to use legal remedies that terminate the performance relationship (in part or in full), ensures that the performance relationship is maintained to the greatest extent of what

¹⁵⁰⁵ The above-described mix of various regulations is a feature present throughout the LOA; it is also supported by § 116(2)5 which states that the creditor may withdraw from the contract if the debtor fails to perform *any obligation* within the additional term. Therefore, the creditor may withdraw from the contract regardless of whether a principal or accessory obligation was violated, or whether or not the non-performance was fundamental. See also ch. 5.1.2.

was initially agreed, and restricts the termination of the contract and creation of restitution costs.

- 2) To reduce potential market speculations and related abuses by the creditor

Not all instances of non-performance should allow the creditor to be discharged from the contract. This would allow the creditor to substitute a transaction with a third party on more favorable terms (due to fallen market prices).

- 3) To make it easier for the creditor to use remedies to terminate the performance relationship

The unsuccessful expiry of the term provides legal certainty to the creditor that he may waive the debtor's performance and withdraw from the contract or claim damages in lieu of performance without having to fear negative consequences. It follows that the additional term also has a clarifying and warning function: the debtor has to reckon with the fact that upon the unsuccessful expiry of the additional term, the creditor may waive performance, terminate the contract and claim compensation for additional costs incurred due to the non-performance.

1.3 Damage together with performance and in lieu of performance

Different prerequisites exist for a claim for damages together with performance and in lieu of performance under § 115(1)-(3) of the LOA. While the creditor may almost always claim damages together with performance if the debtor has violated an obligation,¹⁵⁰⁶ damages in lieu of performance may only be claimed upon the unsuccessful expiry of the additional term granted for the remedying of the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA). However, it is not necessary to set an additional term if it is evident that granting an additional term would not have any effect, or if the debtor's non-performance is fundamental, or if immediate compensation for the damage is reasonable given the circumstances (§ 115(3) of the LOA in conjunction with § 116(2) of the LOA). The legislature has thereby significantly restricted the right to file a claim for damages which terminates the performance, in an attempt to balance the interests of the debtor and the creditor. In distinguishing between damages together with performance and in lieu of performance the rule of thumb is that damages in lieu of performance are such that the final occurrence of which the debtor could have prevented by remedying the non-performance at the time of filing the claim. In other words, any damage that was final by the time of filing the claim is regarded as damage together with performance. Typical qualified damages claimed by the buyer in lieu of performance are discussed next.

If the seller fails to perform, the buyer's claim for damages in lieu of performance is typically compensation for the value of the goods (i.e. compensation for the market

¹⁵⁰⁶ Provided, of course, that the general prerequisites for a claim for damages are met. Compensation for damage may not be claimed if the debtor's violation of the obligation is excused under § 103(1) of the LOA. A violation of an obligation is excused if the debtor violated the obligation due to force majeure (§ 103(2) of the LOA).

price) or for the costs of a substitute transaction.¹⁵⁰⁷ If the delivered goods do not conform to the contract, the damages in lieu of performance would consist of the costs that the buyer assumes in order to remedy the non-conformity (or quantitative deficiency of performance.) Damages that concern the difference between values of conforming and non-conforming goods also fall under this category. However, accessory damage caused by the lack of conformity of goods, such as damage caused to the creditor's other benefits (property damage, health-related harm, etc.) by non-conformity of promised goods is usually deemed damage together with performance. In addition, damage which the buyer incurs during the additional term granted to the seller to remedy non-performance is generally caused by delaying performance and should be deemed damage that can be claimed together with performance.

It is important to specify damage that can be claimed together with and in lieu of performance because in claiming from the seller damages which are qualified as damages in lieu of performance without granting an additional term, the buyer's claim must be dismissed. In other words, if prerequisites for a claim are not met, it cannot be upheld. This means that if the buyer has non-conforming goods repaired without having first requested the seller to repair or replace the goods, or granted an additional term to remedy the lack of conformity, he will lose any, even partial, chance to receive compensation for damage. The main reason for this is that without granting an additional term, it is impossible for the seller to remedy the lack of conformity, so he cannot be held liable for the non-performance. The seller has furthermore been deprived of the possibility to avoid damage by offering to remedy the lack of conformity or a substitute performance. The buyer can then no longer claim compensation for such damage or reimbursement of expenses from the seller on any other legal grounds, including the provisions of unjust enrichment or *negotiorum gestio* (§ 1041, § 1023 of the LOA). However, if the buyer was, under exceptional circumstances, able to assert the claim without granting an additional term (§ 115(3) of the LOA),¹⁵⁰⁸ the claim is to be upheld.

1.4 The need for a claim for damages in lieu of performance and advantages related thereto

A claim for damages in lieu of performance has a practical significance in everyday trade. This is primarily so because the assertion of a claim of specific performance in court is often accompanied by significant procedural difficulties; this process is

¹⁵⁰⁷ The buyer may also claim as damages the difference in the purchase price under the contract and market value of the goods (in conjunction with § 127(1) and (5) of the LOA). E.g. B buys goods, the market price of which is 120,000 EUR, from S for 100,000 EUR. Upon claiming damages in lieu of performance, B is entitled to claim compensation from S for the market value of the goods in the amount of 120,000 EUR. As B is obligated to pay the purchase price of 100,000 EUR, B can offset his duty with S's claim for damages as a result of which B has the right to claim 20,000 EUR from S. The latter is the difference between the purchase price under the contract and the market price; see also ch. 5.

¹⁵⁰⁸ For these circumstances, see ch 2.3.

also rather time-consuming. This route is usually unpractical, as it typically inflicts additional damage to the parties. Thus, a claim of performance of a non-monetary obligation is ineffective and costly. Filing a claim of performance may be considered reasonable only if the creditor has special interest in the performance (e.g. acquisition of an item with distinct characteristics).

The rules of the LOA on specific performance are based on the CISG, PECL and PICC; it represents a compromise between continental European and common law legal traditions. This means that a claim of performance of a non-monetary obligation is, in principle, permissible but with significant restrictions.¹⁵⁰⁹ The creditor cannot require performance if: a) it is unreasonably burdensome or expensive for the debtor (§ 108(2)2) of the LOA); b) the creditor may reasonably achieve the desired result of the performance in another manner (§ 108(2)3) of the LOA); c) performance involves provision of services of a personal nature (§ 108(2)4) of the LOA. The creditor's claim of performance automatically ceases if the creditor fails to file the claim of performance within reasonable time after the creditor has or should have become aware of the non-performance (§ 108(3)-(5) of the LOA, see also § 222(6) of the LOA¹⁵¹⁰). The automatic termination of a claim of performance could significantly harm the debtor's interests. If the debtor is not able to remedy the non-performance at his own cost, he loses (at least in part) expected gains and has to reimburse the creditor for the costs of a substitute performance. The author finds that LOA § 108 should be supplemented so that a claim of performance terminates under the circumstances set out in § 108(2)2-4) and (3)-(5) of the LOA only if the debtor raises such an objection.

The regulation of civil proceedings that expands possibilities of filing a claim supports the assertion of damages claims in lieu of performance. It is set out in § 365(1) of the CCP¹⁵¹¹ that the plaintiff (the creditor) may request, in the statement of claim, that the court provide the defendant (the debtor) a term for performance in the judgment. If, upon expiry of this term, the plaintiff has the right to demand compensation for the damage caused by the violation of an obligation, the plaintiff may also request that the court determine the amount of compensation for failure to perform in the same judgment (section 2). This regulation constitutes the granting of an additional term by a court to remedy the non-performance within the meaning of § 114 and the first sentence of § 115(2) of the LOA, thereby giving the creditor a chance to combine a claim of performance with a claim for damages during the proceedings and assert it conditionally.

¹⁵⁰⁹ See § 108(2)-(5) and § 222(6) of the LOA.

¹⁵¹⁰ For repair or replacement claims in sales contract.

¹⁵¹¹ Code of Civil Procedure.

2. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE IF THE SELLER FAILS TO PERFORM

2.1 Principal obligations of the seller and failure to perform

The definition of a contract of sale and obligations of the parties are provided in § 208 of the LOA. In a contract of sale the seller undertakes to deliver goods to the buyer and to allow the transfer of ownership to the buyer; the buyer undertakes to pay the purchase price to the seller and to assume delivery of the goods. Under the LOA, delivering the sold goods to the buyer and enabling the buyer to take ownership of the goods are the principal obligations of the seller.¹⁵¹²

The essence of the obligation to deliver goods is the activities performed by the seller as a result of which the buyer has the possibility to fulfill his obligation arising under the contract of sale to assume delivery and possession of the goods. By fulfilling the obligation to deliver the goods, it is ensured that the goods are transferred from the sphere of influence of the seller to the sphere of influence of the buyer, and possession of the goods is transferred to the buyer or the transfer is made possible in some other manner. The content of the obligation to deliver goods is set out in § 209 of the LOA. Pursuant to this provision the obligation to deliver may consist in the obligation to make the goods ready (§ 209(1) of the LOA), to deliver (first sentence of § 209(4) of the LOA) or to dispatch (second sentence of § 209(4) of the LOA). It follows from the above that fulfilling the obligation to deliver does not always require the seller to transfer direct possession of the goods to the buyer. It is sufficient if the seller performs the obligation in one of the ways described above.

The second principal obligation of the seller is to allow the buyer to have ownership of the goods. The law does not obligate the seller to guarantee that the buyer has ownership; the seller merely has to make it possible for the ownership to transfer to the buyer. The regulation is based on the idea that the seller cannot ensure that the buyer will have ownership of the goods without appropriate actions by the buyer. The buyer must make necessary declarations of intention to enter into a contract for the transfer of the ownership (a real right contract) and must undertake activities concerning occupation of possession. Since ownership is created only in circumstances set out in the law, the seller has to perform all activities so that the buyer could have ownership of the movable as a result of the buyer's activities. For movables, this is required by §§ 92-95 of the LPA¹⁵¹³ (§ 64'1 of the LPA for immovable property). It is not necessary for the goods to belong to the seller.

If the seller does not fulfill principal obligations, he breaches the contract of sale. If the seller's obligation is completely unfulfilled it is deemed failure to perform by the seller. Examples of this are if the seller fails to deliver the goods to the buyer or the buyer does not become the owner of the goods. Since the LOA follows the principle

¹⁵¹² It has not been clarified in legal literature or case law whether the seller's obligation to ensure that the goods conform to the contract constitutes a principal or accessory obligation of the seller. A detailed classification has, however, no particular relevance to the purpose of the dissertation.

¹⁵¹³ Law of Property Act.

of remedy approach, it is irrelevant what caused the non-performance; non-performance is an objective concept and does not depend on underlying circumstances. Failure to deliver documents which the buyer needs to dispose of the goods should also be viewed as failure to perform (e.g. bill of lading, warehouse receipt, CTO-document, etc.). Performance significantly different from what was agreed, as well as so-called *aliud*-performance, may be deemed as failure to perform. Furthermore, instances where the buyer justifiably refuses to accept non-conforming goods, partial performance of an obligation or *aliud*-performance, should be regarded as failure to perform. In the case of a divisible obligation it is possible to speak of partial failure to perform. Partial performance should, however, be strictly distinguished from non-conformity of goods to a contract. Non-conformity is usually a quality related or a legal non-conformity.¹⁵¹⁴

2.2 Unsuccessful expiry of additional term

Merely the fact that the seller has failed to perform his obligations by the agreed term does not provide a justification for the buyer to claim damages in lieu of performance. Pursuant to the first sentence of § 115(2) of the LOA, the creditor (the buyer) may, as a rule, claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted for remedying the non-performance provided for in § 114 of the LOA. Remedying the non-performance within the additional term (e.g. delivering, replacing or repairing the goods) usually also terminates the buyer's right to use remedies that terminate the performance relationship, including the right to claim damages in lieu of performance. The reason for this is that one cannot speak of a non-performance after it has been remedied. Only under exceptional circumstances can the buyer claim damages in lieu of performance without granting an additional term (§ 115 (3) of the LOA).¹⁵¹⁵

When the buyer informs the seller of non-performance it cannot always be construed as granting an additional term to remedy the non-performance.¹⁵¹⁶ In order for the objectives of the additional term to be achieved,¹⁵¹⁷ the notice of granting an additional term must be sufficiently clear and precise. This is the only way the seller is able to understand which obligation the buyer accuses him of breaching. When the buyer informs the seller of lack of conformity of the goods, the buyer does not have to state a reason for the non-conformity. It suffices to state the circumstances and explain the refusal of the goods. It also follows from the requirement that the notice be precise; if the buyer has not granted an additional term to remedy the non-performance, the buyer cannot claim damages in lieu of performance upon the unsuccessful expiry of the term alleging that the seller did not remedy the non-performance. This is so

¹⁵¹⁴ See ch 3.2.1.

¹⁵¹⁵ See ch. 2.3.

¹⁵¹⁶ See § 115(2) and § 114 of the LOA.

¹⁵¹⁷ See ch. 1.2.

because the objectives of granting an additional term have not been achieved with respect to such non-conformity.¹⁵¹⁸

The unsuccessful expiry of an additional term does not terminate a contract *ipso iure* or the obligations between the parties. Therefore, upon granting such a term, the buyer is not required to warn the seller of the potential consequences of the unsuccessful expiry of the term. The opposite view taken in legal literature cannot be deemed correct.

Due to the nature of additional term, the buyer will have a right to grant an additional term only after the seller's obligations are past due. Granting an additional term requires the buyer's claim of performance be assertable. No legal requirements apply to the format of the notice that grants an additional term.

The law does not specify a time period within which an additional term should be granted. The view taken in legal literature that an additional term may only be granted within reasonable time after becoming aware of the non-performance (or after the creditor should have become aware) does not comply with regulation, idea or logic of the law. Since the law does not contain such a requirement, such an interpretation cannot be deemed correct. Such a significant restriction cannot be placed on the assertion of a claim by way of interpretation on questionable arguments. Such a restriction can only arise from law. This is even more so because after the buyer grants an additional term to the seller, the seller is guaranteed a possibility to remedy the non-performance at his own expense. Therefore, the granting of an additional term does not entail a disproportionate infringement of the seller's rights. A different interpretation would result in the buyer potentially losing the right to withdraw from the contract or the claim for damages in lieu of performance before even having such a right. Specifically, the right to claim damages in lieu of performance or withdraw from the contract, both of which usually require an additional term to be granted¹⁵¹⁹ cannot cease before arising. Otherwise, the outcome would be anomalous.¹⁵²⁰

The regulation of the second sentence of § 114(1) of the LOA that governs the granting of an additional term should be deemed ineffective. The provision lays down the following: *If the creditor requires the debtor to perform an obligation but does not grant an additional term therefor, a reasonable additional term shall be presumed to have been granted.* Consequently, an additional term may begin without the buyer (creditor) having actually granted such a term. This regulation cannot be considered justified because it does not ensure sufficient legal clarity or certainty. Since granting an additional term may result in significant consequences to the debtor (the seller)

¹⁵¹⁸ Furthermore, the buyer cannot withdraw from the contract under the pretext of not remedying the non-conformity upon the unsuccessful expiry of the additional term.

¹⁵¹⁹ First sentence of § 115(2) of the LOA and § 116(2)5) of the LOA.

¹⁵²⁰ Among other things, the buyer would lose the right to claim, for example, reimbursement of the costs of remedying the lack of conformity. The buyer who paid the purchase price in advance could lose the right to withdraw from the contract and claim return of the advance payment. Such an outcome is not logical and is not in compliance with the general systematics and principles of the law.

and the creditor (the buyer),¹⁵²¹ the author takes the view that the additional term should begin after a relevant clear declaration of intention is made, i.e. from the actual granting of the term that is also understood by the parties. This is the only way the objectives of the regulation of the additional term will be achieved. The author finds that § 114 of the LOA should be amended *de lege ferenda* to abolish the second sentence of § 114(1) of the LOA, as it is an unnecessary and confusing provision.

The additional term granted by the buyer should be reasonable in length (§ 114(1) of the LOA). What constitutes a reasonable term depends on the facts of each case, incl. the object of the contract, circumstances of entering into the contract, purchase price, practice between the parties, etc. Objective circumstances should be given priority and special attention should be paid to parties' expectations and interests in relation to performing obligations within the contract. A rule of thumb here is that the greater the interest of the buyer in accurate performance of the obligation, the shorter the additional term should be. Further, the longer the seller has been in delay, the shorter the additional term to be granted should be. If the additional term granted is too short, it will be extended to reasonable length under law (§ 114(1) of the LOA). The legislature has, thus, found an optimal solution. On the one hand, it ensures the seller (debtor) has a reasonable term; and on the other, it reduces the buyer's (creditor's) uncertainty that the court could deem the term he granted too short. If the granted term is longer than required by law, the buyer is bound by it through legal certainty. He cannot waive the seller's performance or assert a claim for damages in lieu of performance before the expiry of the term.

The effect of granting an additional term is that within the period of the additional term the buyer cannot use remedies that terminate the performance relationship: claim damages in lieu of performance, withdraw from the contract or reduce the price. The use of such remedies would be contrary to the purpose of an additional term. However, if new circumstances arise during the additional period, which give the buyer the right to terminate the performance relationship without granting an additional term (e.g. a fundamental breach by the seller comes to light), the buyer is not bound by the additional term and may, on the basis of such non-performance, immediately use remedies that terminate the performance relationship. If the seller fails to remedy the non-performance within the additional term, the buyer is no longer bound by the performance relationship and may claim damages in lieu of performance (first sentence of § 115(2) of the LOA), withdraw from the contract (§ 116(2)5) of the LOA) or reduce the price.

2.3 No need to grant an additional term

The buyer's obligation to grant the seller an additional time to remedy the non-performance is not an absolute rule when filing a claim for damages in lieu of performance. In order to balance the interests of the parties, the law provides for exemptions when

¹⁵²¹ Incl. upon the unsuccessful expiry of the additional term, the term that terminates the right to withdraw from the contract starts to run in accordance with § 118(1) of the LOA.

the creditor may immediately assert the claim. Such a right exists when it is evident that the granting of the additional term is objectively futile or is justified by the creditor's overriding interests (§ 115(3) of the LOA). Legislation has provided for a similar solution to the creditor's right to withdraw from the contract (cf. § 116(2) of the LOA). Exemptions when the buyer (creditor) does not have to grant an additional term are set out in § 115(3) of the LOA. The buyer has such a right if: 1) it is evident that the grant of the additional term would not have any effect (§ 115(3) of the LOA, first alternative); 2) in the cases specified in § 116 (2) 1) to 4) of the LOA (§ 115(3) of the LOA, second alternative);¹⁵²² 3) if immediate compensation for the damage is reasonable for any other reason (§ 115(3) of the LOA, third alternative).

The first exemption (§ 115(3) of the LOA, first alternative) covers times when the granting of an additional term would not have any effect. The granting of an additional term should be deemed ineffective if it is impossible to perform the seller's obligation. This includes objective, subjective and also legal impossibility of performance. The constituent elements should also include the seller's refusal to perform, because in this case it is also evident that it would be meaningless to grant an additional term and the obligation will not be performed. The seller who has declared that he is not going to perform does not deserve the protection which the additional term provides. The Supreme Court has also noted that it is not necessary to grant an additional term in a situation where the debtor will never acknowledge that he caused damage.¹⁵²³

The second exemption (§ 115(3) of the LOA, second alternative) covers circumstances specified in § 116(2)1)-4) of the LOA, or constituent elements, where the creditor (buyer) has the right to immediately withdraw from the contract. The legislature justifiably treats as equals: the material prerequisites of withdrawal from a contract and those of claiming damages in lieu of performance. The underlying principle is that if the creditor has a right to withdraw from the contract, he also has a right to claim damages in lieu of performance. Such a regulation should be deemed justified. A similar solution is found in the BGB (cf. § 281 of the BGB and § 323 of the BGB).

Pursuant to § 115(3) and § 116(2)1)-4) of the LOA, the buyer does not have to grant the seller an additional term to remedy the non-performance if:

- non-performance of an obligation substantially deprives the injured party of what the party was entitled to expect under the contract, except in cases where the other party did not foresee such consequences of the non-performance and a reasonable person of the same kind as the other party could not have foreseen such consequences under the same circumstances (subsection 1);
- pursuant to the contract, strict compliance with the obligation which has not been performed is the precondition for the other party's continued interest in the performance of the contract (subsection 2);
- non-performance of an obligation was intentional or due to gross negligence (subsection 3);

¹⁵²² See below.

¹⁵²³ CCSCd, 3-2-1-5-12.

- non-performance of an obligation gives the injured party reasonable reason to believe that the other party will not perform his obligations in the future either (subsection 4);

Lastly, § 115(3) of the LOA provides that if, under the circumstances, immediate compensation for the damage is reasonable for any reason, the buyer does not have to grant an additional term (§ 115(3) of the LOA, third alternative). This is a so-called guarding regulation that allows courts to be flexible with how they shape the scope of application of this provision.¹⁵²⁴ The main issue in applying this provision is if the buyer has lost interest in the seller's performance and why. The question to be answered is: how can non-performance cause the buyer's interest to be harmed so significantly that it justifies the immediate termination of the performance relationship? Loss of interest should be judged from the perspective of an objective bystander while also taking into account the seller's interests, incl. whether the seller could have foreseen such a consequence. Filing a claim is justified if the seller has, for example, concealed the defects of the goods in bad faith or fraudulently. In such a case the buyer cannot be expected to continue to work with the seller. The constituent elements of this provision should also include cases where the immediate filing of a claim helps avoid or significantly reduce total damage. In extreme cases, the buyer may even have an obligation to immediately file a claim due to his obligation to reduce damage (cf. § 139 of the LOA).¹⁵²⁵

Based on § 108(2)-(5) of the LOA, it is not necessary to grant an additional term if the buyer's (creditor's) claim of performance is terminated under the following circumstances: a) if performing the obligation is unreasonably burdensome or expensive for the seller (debtor) (§ 108(2)2) of the LOA); b) the buyer (creditor) may take other actions to reasonably achieve the desired result of the performance (§ 108(2)3) of the LOA); c) performance involves provision of services of a personal nature (§ 108(2)4) of the LOA; d) if the claim of performance has ceased due to the fact that the buyer (creditor) failed to claim performance within reasonable time (§ 108(3)-(5) of the LOA, see also § 222(6) of the LOA). It would be illogical to require the creditor to grant an additional term in a situation where the claim of performance has ceased to exist. Furthermore, no additional term should be granted if the buyer has withdrawn

¹⁵²⁴ It is noteworthy that unlike a claim for damages in lieu of performance, the regulation that governs the right to withdraw from a contract does not contain such a possibility (see § 116 of the LOA). This is also the main difference in the material prerequisites for exercising the right to claim damages in lieu of performance and to withdraw from the contract. The author finds that in order to approximate the regulation the legislator should consider supplementing § 116 of the LOA similarly to the third alternative in § 115(3) of the LOA.

¹⁵²⁵ § 139 of the LOA states the following: *(1) If damage is caused in part by circumstances dependent on the injured party or due to a risk borne by the injured party, the amount of compensation for the damage shall be reduced to the extent that such circumstances or risk contributed to the damage. (2) The provisions of subsection (1) of this section also apply if the aggrieved person failed to draw the attention of the person causing the damage to an unusually high risk of damage or to prevent the risk of damage or to perform any act which would have reduced the damage caused if the aggrieved person could have reasonably been expected to do so.*

from the contract – in this case the performance relationship is deemed to have ceased to exist in its entirety (§ 189 et seq.).¹⁵²⁶

2.4 Restrictions associated with the extent of a claim

When the buyer has a right to claim damages in lieu of performance, it does not mean that the buyer is free to choose the extent of the claim (meaning the extent to which he waives the seller's performance). Two sets of divergent constituent elements must be distinguished: first, cases where the seller's non-performance consists in failure to perform; second, cases where the seller's initial failure to perform has been replaced by partial or improper performance within the additional term. Restrictions on the extent of the buyer's claim are provided in § 115(4) of the LOA - if the debtor (seller) *performs* an obligation *in part*, the creditor (buyer) may claim compensation for damage *in lieu of full performance* only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance.¹⁵²⁷ Neither the general part of the LOA nor the regulation concerning contracts of sale prescribes any other restrictions on the extent of a claim. It follows that if the seller's non-performance consists in *failure to perform*, the buyer may always claim damages in lieu of full performance. In these cases, the seller has completely failed to perform his obligations, which is why the seller does not deserve any protection with respect to the extent of the buyer's claims and the buyer may waive the seller's performance in full. The content of the buyer's claim is usually compensation for the value of the seller's performance or costs of a substitute transaction incurred by the buyer. The buyer may also claim compensation for the difference in price.¹⁵²⁸

The situation becomes much more complex if, by the time a claim is filed, the seller has performed in part or delivered non-conforming goods.¹⁵²⁹ It is questionable whether and to what extent the restrictions specified in § 115(4) of the LOA should be applied to the extent of the buyer's claim. In other words, the question is whether, and under what conditions, the buyer may claim damages in lieu of full performance. As stated above, the only provision restricting the extent of the buyer's (creditor's) claim is the first sentence of § 115(4) of the LOA which governs cases of *partial performance*. What exactly is meant by partial performance is not clearly specified in the act. According to legal literature, this provision is based on the second sentence of § 281(1) of the BGB, pursuant to which partial performance exists if the debtor's performance is *divisible* and the essence of the debtor's non-performance is quantitatively deficient. This is how partial performance differs from improper or

¹⁵²⁶ See also ch. 4.3.2.4.

¹⁵²⁷ The text of § 115(4) of the LOA: *If the debtor performs an obligation in part, the creditor may claim compensation for damage in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. In such case, that which was delivered as partial performance shall be returned pursuant to the provisions of §§ 189 to 191 of this Act.*

¹⁵²⁸ See ch. 1.3 and ch. 5.

¹⁵²⁹ See ch. 3.1 and ch. 3.2.1 for the definitions of partial performance and non-conformity of goods to a contract.

non-conforming performance (cf. third sentence of § 281(1) of the BGB). Therefore, if the seller's non-performance consists in partial performance, the buyer may claim compensation for damage in lieu of full performance only if the buyer does not have a reasonable interest in partial performance (second sentence of § 115(4) of the LOA). Whether the buyer's interest in full performance is completely lost depends on the circumstances of each case and should be based on the viewpoint of an objective bystander. It should, *inter alia*, be assessed whether the buyer could reasonably achieve the contract's purpose by filing a partial claim for damages in lieu of performance. If the buyer cannot be deemed to have lost all interest in full performance, the buyer may claim damages in lieu of performance only to the extent of the performance not made.

The legal response is significantly different if the seller's non-performance consists in the non-conformity of the goods to the contract (§ 217 of the LOA). Since *improper (non-conforming) performance* cannot be equated with *partial performance* – it is not quantitatively deficient – the restrictions of the first sentence of § 115(4) of the LOA are not applicable. In other words, the restrictions that apply to the extent of buyer's claim in case of partial performance, are not applicable if the goods do not conform to the contract. The reason for this is that the factual and legal situation is considerably different for the buyer in the case of non-conforming performance. Figuratively speaking, if the seller delivers 9 tonnes of oil instead of the agreed 10 tonnes, the situation is noticeably different from one where the seller delivers 10 tonnes of oil but it does not conform to the agreed quality. In the first case, the buyer can effectively use the 9 tonnes of goods and achieve the purpose of the contract at least in part. But, when the performance is of non-conforming quality, all of the 10 delivered tonnes are unwanted by the buyer and therefore useless.

The view can be taken that, since the law does not restrict the extent of the buyer's (creditor's) claim in case of non-conforming (improper) performance by the seller (debtor), the buyer may claim damages from the seller in lieu of performance (either restrictively or in lieu of full performance).¹⁵³⁰ It is up to the buyer to determine to what extent he asserts the claim.¹⁵³¹ It should be noted that the buyer has this right regardless of whether the non-conformity of the goods is fundamental, immaterial or insignificant. The subsequent question that comes to mind is whether this constitutes an anomaly of the regulation of a claim for damages in lieu of performance or whether the LOA acknowledges such buyer's (creditor's) right to waive the debtor's performance in broader terms (generally).

Cases in which the buyer may completely waive the seller's performance if the non-conforming aspect of the goods is not remedied within the additional term, aligns

¹⁵³⁰ Cf. BGB § 281(1), third sentence : “*If the obligor has not rendered performance as owed, the obligee may not demand damages in lieu of performance if the breach of duty is immaterial*”. Unlike the BGB, § 115 of the LOA does not contain a similar regulation.

¹⁵³¹ In the case of non-conforming goods, the damage that can be claimed in lieu of performance is usually damage that the buyer assumes in order to remedy the non-conformity. The buyer may also calculate his damages as consisting of the difference between the values of conforming and non-conforming goods.

with the regulation of the right to withdraw from a contract in the LOA. Namely, § 116(2)5 of the LOA provides that the creditor (buyer) may withdraw from the contract if the debtor (seller) fails to perform *any obligation* within the additional term. Since the LOA follows the remedy approach, for which the type of obligation breached is not relevant, the buyer may withdraw from the contract if *any* defect is not remedied by the seller. A similar principle lies in § 223 of the LOA, the provision of the regulation of contracts of sale, pursuant to which the buyer may withdraw from the contract if the seller fails to remedy the non-conformity of the goods to the contract within a reasonable time after the seller is notified of the lack of conformity of the goods. According to § 223 of the LOA, it is not relevant whether the seller's non-performance is fundamental, insignificant or marginal: the buyer can withdraw from the contract if any defect is not remedied.

The author finds that regulation § 115(4) of the LOA, which allows the buyer to claim damages in lieu of full performance upon non-conforming (improper) performance by the debtor, regardless of the significance of the violated obligation, is ineffective. A reasonable solution would be one where the filing of a claim for damages in lieu of full performance was restricted and took into account the need to balance both parties' interests. In amending the LOA, inspiration should be drawn from the third sentence of § 281(1) in the BGB, which provides that in case the debtor has performed improperly the creditor may not demand damages in lieu of complete (full) performance if the breach of duty is *immaterial*. The BGB places the burden of proving that the breach is immaterial on the debtor. Such an outcome would balance the interests of the parties and deprive the creditor from the right to waive the debtor's performance under the pretext of any inconsequential non-conformity. Based on the above, the author suggests that the regulation of § 115(4) of the LOA be amended *de lege ferenda* as follows:

"If an obligation is divisible and the debtor performs the obligation in part, the creditor may claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. If the debtor has performed improperly, the creditor may not claim damages in lieu of full performance if the non-performance is insignificant."

It is unclear whether the buyer should grant the seller another additional term to assert the claim or if that is no longer necessary if the seller *performs in part or improperly* within the additional term. In the author's view, there should be no obligation to grant another additional term because the granting of the first additional term and its partially unsuccessful expiry means that the exact purpose of the additional term - to give the seller the last chance to perform at his own expense - has been achieved. Such a seller does not deserve the chance for another additional term. Moreover, by that time the seller will have violated the obligation repeatedly: the debtor failed to perform by the initially agreed upon time and also failed to do so within the additional term.

2.5 Calculation of damage and determination of its time of occurrence

Filing a claim for damages presumes that the buyer has suffered damage or will suffer damage in the future due to non-performance by the seller. The purpose of the buyer's claim for damages is to place the buyer in a situation in which he would have been had the seller not violated the obligation (§ 127(1) of the LOA). This is how the regulation of compensating for damage protects the buyer's positive interest (performance interest).¹⁵³²

If the seller fails to perform, the purpose of the buyer's claim for damages in lieu of performance is to compensate the buyer for the value of the performance not made by the seller (market price).¹⁵³³ By compensating for damage, the buyer is placed in a financial situation in which he would have been if the seller had properly performed (upon proper performance the buyer's financial situation would be better by the value of the goods). If the buyer makes a substitute transaction to replace the seller's performance, the content of the buyer's claim is the cost of the substitute transaction.¹⁵³⁴ The buyer can offset both such claims (market price or substitute transaction costs) with his obligation to pay the seller purchase price. As a result of offset the buyer will be in a situation where he would have been had the seller performed his obligation. Upon making a substitute transaction, the damage the buyer suffers consists of the difference between the purchase price noted within the contract and the substitute transaction's purchase price. If the buyer calculates his damages based on market price, the damage lies in the difference between the purchase price under the contract and the value of the seller's performance (market price).

By claiming damages, it is not relevant whether the buyer has already incurred associated costs (damage) or not. The buyer may claim compensation for costs (damage) already incurred and also for costs not yet incurred. In the first case, the damage has already been suffered by the buyer by the time a claim against the seller is filed. In the second case, the buyer is going to bear such costs in the future (i.e. after the judgment has entered into force). The right to claim reimbursement of costs (damage) to be incurred in the future is based on the idea that the buyer cannot be required to always have sufficient asset liquidity. In addition, the mere fact that the buyer has not yet remedied the non-conformity or made a substitute transaction by the time the claim is filed to court does not discharge the seller from liability.

Another important issue is to determine the moment from which damage should be compensated for. A distinction should be made here as to whether the costs have already been borne or will be borne in the future. If the damage (costs) has already been suffered (e.g. the buyer has already made a substitute transaction or has had the lack of conformity remedied), it is usually not difficult to determine the amount of claim and time of damage. In this case, the damage to be compensated is final and the extent of the occurred damage is known. Since money loses its value over time, the

¹⁵³² See ch. 4.3.2.1 for the purpose of a claim for damages.

¹⁵³³ See also ch. 1.3.

¹⁵³⁴ See ch. 5 for the buyer's claim for offsetting price differences.

buyer may, pursuant to § 113(2) of the LOA, calculate default interest on the incurred costs (damage) as of filing a claim against the seller until compensation by the seller. The situation is somewhat more complex in determining damage to be suffered in the future. In such a case the damage to be compensated for should be determined as being the time the most recent judgment establishing facts was made. The reason for this is that the awarded damages have to enable the buyer to actually remedy the non-performance, i.e. use the compensation to make a substitute transaction or remedy non-conformities. This, however, is possible only if the compensation is calculated based on the market price at the time of making the judgment. It therefore follows that the extent of damage to be compensated may change over time (either increase or decrease).

§ 127(2) and (3) of the LOA set out principles stating that the creditor (buyer) is to be compensated for damage only to the extent that it matches the purpose of the breached obligation and is foreseeable to the debtor (seller).¹⁵³⁵ In general, it may be said that damage in lieu of performance is almost always subject to compensation. This makes sense because the purpose of compensation is to ensure the materialization of the immediate (primary) positive impacts which the buyer sought by entering into contract with the seller. Since, in the case of a contract of sale, the primary interest of the buyer is to acquire ownership and possession of goods that conform to the contract (§ 208, § 217 of the LOA), the direct damage resulting from the seller's breach of his principal obligations is always foreseeable and in compliance with the protective purpose of the breached obligation.¹⁵³⁶

2.6 Circumstances excluding a right of claim

In special cases, the buyer's right to claim damages in lieu of performance may be restricted. Typical restrictions on asserting a buyer's claim arise from the following circumstances: 1) term for asserting a claim has expired (incl. § 118(1) of the LOA); 2) cure of the non-performance by the seller (§ 107 of the LOA); 3) expiry of a claim.

Term for asserting a claim. The law does not provide a general time limit that terminates the right to claim damages in lieu of performance; which is why the asser-

¹⁵³⁵ § 127(2) and (3) of the LOA stipulate the following: (2) *Damage shall not be compensated for to the extent that prevention of damage was not the purpose of the obligation or provision due to the non-performance of which the compensation obligation arose.* (3) *A non-conforming party shall only compensate for such damage which the party foresaw or should have foreseen as a possible consequence of non-performance at the time of entering into the contract unless the damage is caused intentionally or due to gross negligence.*

¹⁵³⁶ If the seller fails to perform, the content of the buyer's claim is usually compensation for the value of the seller's performance or costs of a substitute transaction incurred by the buyer. The buyer may also claim compensation for the difference in price. If the delivered goods are defective (non-conforming), the buyer can either claim future or existing damages incurred in order to remedy the non-conformity or claim, or the difference between values of conforming and non-conforming goods. See also ch 1.3.

tion of a claim is only restricted by the regulation of expiry.¹⁵³⁷ It is held in legal literature that § 118(1) of the LOA should be applied by analogy to a claim for damages in lieu of performance.¹⁵³⁸ It is maintained that, otherwise, the creditor (incl. the buyer) could achieve the same results by filing a claim for damages in lieu of performance as by withdrawing from the contract, thus making the parties insecure. The author rejects the viewpoint taken in legal literature - such an interpretation is not in compliance with the regulation or purpose of the law. There are several significant arguments against it.

First, the regulation and systematics of the law speak against applying § 118(1) of the LOA. The law does not contain a set of rules that would support an interpretation that would considerably hamper the prospect of the use of claim for damages (either together with or in lieu of performance). Such an extensive “over-interpretation” falls outside the limits of interpretation. It does not follow from the systematics of law that other time limits, in addition to the limitation period of the claim, should apply to the buyer’s claim for damages. Withdrawal from a contract and a claim for damages have significantly different purposes, prerequisites and consequences, and therefore,¹⁵³⁹ analogous application is impertinent.

Second, applying a restriction on the term specified in § 118(1) of the LOA would constitute an unreasonable restriction on the creditor’s rights and would result in unwanted consequences for the entire system of remedies. Example 1: B buys immovable property from S for 100,000 EUR. After some time, it emerges that there is environmental damage on the registered immovable which S had hidden from B. It costs 20,000 EUR to remove the damage but the market value of the property is only 10,000 EUR lower due to the damage. It has been the plan of B from the beginning to start growing blueberries on the property which is why removing the damage is of primary importance to B. Moreover, it directly corresponds to B’s performance interest. B grants an additional term for S to remedy the non-conformity noting that if S fails to remedy the non-conformity B is going to make S’s life “a living hell”. B does not withdraw from the contract within the term specified in § 118(1) of the LOA and does not file a claim for damages in lieu of performance.

In this example it would not be in B’s interest to reduce the price because it would not eliminate the environmental damage or allow B to start growing blueberries. Since the right to withdraw from a contract has ceased to exist due to the expiry of the term (B has also no interest in it), B keeps the property and wants to get rid of the pollution. Since B has not submitted a claim of performance to S together with a notice of non-conformity, B has also lost this right (§ 222(6) of the LOA, § 108(3)-(5)). Therefore, the only way for B to adequately protect his interest is to claim from

¹⁵³⁷ See below, also ch. 3.2.6.

¹⁵³⁸ § 118(1) of the LOA stipulates the following: *A party entitled to withdraw from a contract loses the right to withdraw from the contract if he does not make the declaration of withdrawal within a reasonable period of time after:*

- 1) the party becomes or should have become aware of a fundamental breach of the contract;
- 2) the additional term for performance granted pursuant to § 114 of this Act has expired.

¹⁵³⁹ See more in ch. 4.3.2.

S reimbursement of the costs made on remedying the non-conformity (in other words compensation for damage in lieu of performance). Interpretation whereby § 118(1) of the LOA should be applied to a claim for damages in lieu of performance would lead to B having basically no way of achieving the purpose of the contract and related positive interest. Such an outcome would not be in compliance with the idea and purpose of the law or the reasonable risk sharing between the parties.

Example 2: B buys a painting by a famous artist from S and pays 250,000 EUR for it in advance. Since S has received a better offer from B2, S sells the painting for 350,000 EUR (market price) to B2 instead. B (for whatever reason) does not withdraw from the contract in time, thus losing the right to withdraw from the contract in accordance with § 118(1) of the LOA. Since the real value of the painting is 350,000 EUR, B wants S to compensate its market value instead of delivering the painting, or at least that the money B paid in advance was returned. Since B's right to withdraw from the contract has ceased to exist, B cannot withdraw from the contract and get back the purchase price he had paid in advance. Since the non-performance by S consists in failure to perform, B cannot reduce the purchase price.¹⁵⁴⁰ B's claim of performance has ceased to exist due to the impossibility of performance (§ 108(2)1) of the LOA). If one were to take the view that § 118 of the LOA also applies to a claim for damages in lieu of performance, the outcome would be one where B would have absolutely no possibility to protect his interests: B would lose the purchase price (250,000 EUR) he already paid and also the expected gain under the contract (difference between the purchase price and the market price – 100,000 EUR). This example clearly proves that it is not conceivable to apply by analogy § 118 of the LOA to a claim for damages in lieu of performance as it would lead to unwanted consequences. In the described example, a claim for damages in lieu of performance would essentially be the only legal remedy B could use to protect himself and achieve the positive interest pursued by the contract.

The third main argument why § 118 of the LOA should not be applied to a claim for damages in lieu of performance is the fact that BGB §§ 280-281 (the basis for § 115 of the LOA) do not prescribe such term to the claim for damages in lieu of performance as well. In German law, it is held that the creditor may claim damages in lieu of performance within the entire limitation period of the claim.

Cure. In some instances, the buyer's right to claim damages in lieu of performance may be excluded due to the seller's right to cure the non-performance (§ 107 of the LOA). The LOA includes a unique regulation where the regulation of cure exists in addition to the institution of an additional term (§ 114 of the LOA).¹⁵⁴¹ The general purposes of the regulations of cure and additional term are very similar; both are aimed at allowing the debtor to remedy the non-performance at his own cost, temporarily preventing the use of legal remedies by the creditor, and giving the debtor an opportunity to receive everything expected under the contract. In essence, the regulation of cure duplicates the purpose of the obligation to grant an additional term to

¹⁵⁴⁰ Pursuant to § 112(1) of the LOA the creditor (the buyer) may use the remedy of price reduction only if he has accepted the improper (non-conforming) performance of the debtor (the seller).

¹⁵⁴¹ See also ch. 1.1 and ch 1.2.

protect the debtor. It should be noted that none of the regulations – the CISG, PECL, PICC or BGB – on which the regulation of remedies in the LOA is based, contains a solution where both the institute of additional term and cure exist together.¹⁵⁴² It is doubtful whether the solution of the LOA is justified: while drafting the LOA there was no analysis of the meaning, necessity and practicality of the parallel introduction of such different concepts. The explanatory memorandum to the LOA does not provide any further clarifications. Legal literature and case law also do not provide any clear answer as to what the relationship is between additional term and cure and nor the reasoning for duplicate regulation. Consequently, there is a legal vacuum in the Estonian contract law and general confusion which the author believes considerably decreases legal certainty. The effect of parallel existence of cure and additional term is that the buyer cannot withdraw from the contract upon the unsuccessful expiry of the additional term or claim damages in lieu of performance if the seller has a right to cure the non-performance and the seller uses that right. It is completely incomprehensible what justifies the need for such multiple protection of the seller (debtor). The author finds that for the purpose of legal clarity, serious consideration should be given to amending the regulation of the LOA to remove the entire concept of cure. The rights and interests of the debtor are quite well protected by the institution of additional term(s).

Expiry of a claim. It has not been firmly established in domestic legal literature or case law how to calculate the limitation period of a claim for damages in lieu of performance. In the author's view, the start of the limitation period of a claim should be calculated as follows. Although a claim of performance and a claim for damages in lieu of performance pursue one and the same positive interest, they can still be regarded as independent claims; as such, their limitation periods should be calculated separately. Since a claim cannot, in general, start to expire before it has fallen due, a claim for damages in lieu of performance should start to expire when the prerequisites for filing a claim have been met, i.e. the buyer has become entitled to assert a claim against the seller. As a rule, the limitation period of a claim for damages in lieu of performance begins at the unsuccessful expiry of the additional term granted. If, due to exceptional circumstances (§ 115(3) of the LOA), granting an additional term is not a precondition for filing a claim, the limitation period of the claim begins as of the occurrence of such circumstances. Since the law does not provide a term within which the buyer may grant an additional term for the seller, the seller usually has such a right until the expiry of the claim of performance. This means, *inter alia*, that the buyer may grant an additional term and switch from a claim of performance to a claim for damages immediately prior to the expiry of the claim of performance. In such a case, the three year limitation period of the claim for damages in lieu of performance begins with the unsuccessful expiry of the additional term. This also means that the buyer may have a right to assert claims for damages long after the expiry of a claim of

¹⁵⁴² Under the CISG, PECL and PICC the unsuccessful expiry of an additional term is not a precondition for filing a claim for damages. See more in chapters 1.1 and 1.2. The unsuccessful expiry of an additional term mostly relates to the creditor's right to withdraw from the contract if the debtor fails to perform (see CISG art 49(1) (b); PECL art 108(3); PICC art 7.3.1. (3)).

performance.¹⁵⁴³ German law, on which the regulation of § 115 of the LOA is based, has reached a similar conclusion that the limitation period of a claim of performance and a claim for damages in lieu of performance should be calculated separately.

2.7 Filing a claim before an obligation falls due

In general, the use of legal remedies by the creditor requires the debtor's obligation to have fallen due. This general principle has an exemption specified in § 117 of the LOA that gives the creditor a right to withdraw from the contract, if it is evident before the obligation falls due, that the debtor will commit a *fundamental breach of contract*, primarily if the debtor declares that he does not intend to perform the contract.

Although the law does not explicitly provide for such a possibility in the case of filing a claim for damages in lieu of performance, the author finds that the possibility to apply § 117 of the LOA by analogy to a claim for damages in lieu of performance should also be recognised. This interpretation is supported by the objectives of the regulation which are: to ensure effective protection of the creditor's rights, to provide clarity regarding continuity of the performance relationship, and to minimise damage. So, in a situation where it is evident that the seller will commit a fundamental breach, it would be, from a perspective of the parties' interests, unreasonable that the buyer should have to wait for the obligation to fall due in order to assert the claim. There are no reasonable justifications for why the scope of application of the provision should be limited to withdrawal from a contract. These consequences may also influence the creditor to waive the performance of the contract altogether. The author finds that § 117(1) of the LOA should be supplemented *de lege ferenda* as follows:

“If it is evident before the obligation of a party falls due that such party will commit a fundamental breach of the contract, primarily if the party gives notice that the party does not intend to perform the contract, the other party may withdraw from the contract or claim damages in lieu of performance before the obligation falls due.”

The wording of § 117(2) and (3) of the LOA should be supplemented similarly by expanding the scope of application of the provision to also include a claim for damages in lieu of performance.

¹⁵⁴³ See ch. 3.2.6 for the particular features relating to the expiry of a claim in the case of non-conformity of goods to the contract.

3. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE UPON PARTIAL PERFORMANCE BY THE SELLER, NON-CONFORMITY OF GOODS, AND BREACH OF ACCESSORY OBLIGATIONS

3.1 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon partial performance by the seller

The definition of partial performance and identification of the particularities attached to the assertion of claims is important because the first sentence of § 115(4) of the LOA states that the creditor may, upon partial performance by the debtor, claim compensation for damage *in lieu of full performance* only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance.¹⁵⁴⁴ A performance is partial if: 1) the seller's performance is divisible; 2) the seller has performed a quantitative part of the performance to the buyer; and 3) the buyer has accepted the performance or is in delay of accepting the performance.¹⁵⁴⁵ Based on the first sentence of § 115(4) of the LOA, only *quantitative* incomplete performance by the seller constitutes partial performance. This interpretation is supported by the second sentence of § 281(1) of the BGB, on which the first sentence of § 115(4) of the LOA is based, which also deems only a quantitative non-conformity of a performance as partial performance. This is how partial performance differs from improper (non-conforming) performance, which usually consists in qualitative non-conformity of a performance. The author does not accept the view taken in Estonian legal literature that partial performance also includes cases of improper (non-conforming) performance. This interpretation is not supported by the systematics of the law and is in conflict with the origins of the provision.

Whether the seller's quantitative incomplete performance should be deemed partial or improper (non-conforming) performance is arguable. It is provided in § 217(1) of the LOA, which governs conformity of goods to a contract, that the goods to be delivered to a purchaser shall conform to the contract, *in particular in respect of the quantity*, quality, type, description and packaging. In this way, § 217(1) of the LOA considers the *quantitative deficiency* of a performance as non-conformity to a contract. Therefore, a performance is also to be deemed non-conforming to a contract if the seller delivers 9,000 barrels of oil instead of the agreed 10,000 barrels, or delivers 90 bottles of wine instead of the agreed 100. It is somewhat surprising that this issue has not been analyzed in Estonian legal literature or case law. Usually, only factual characteristics or defects relating to the legal status of goods are regarded as non-conformity. The author finds that based on § 217(1) of the LOA, a quantitative non-conformity (deficiency) of the seller's performance should also be treated as non-conformity of goods in the context of the regulation of contracts of sale (instead of

¹⁵⁴⁴ See also ch. 2.4 for the definition of partial performance; since the first sentence of § 115(4) of the LOA is based on the second sentence of § 281(1) of the BGB it is appropriate to seek guidance from German law when interpreting this concept.

¹⁵⁴⁵ See also ch. 2.4.

being treated as partial performance). The wording of the provision and the regulation of § 434(3) of the BGB on which the provision is based support such an interpretation.

It follows from the above that the regulation of non-conformity of goods to a contract should be applied to quantitative deficiency of the seller's performance (§ 217 et seq. of the LOA). This also means that the special provisions governing non-conformity of goods apply to such non-performance.¹⁵⁴⁶ Therefore, in the context of the buyer's claim for damages in lieu of performance, the restrictions provided in the first sentence of § 115(4) of the LOA (that allow the creditor to claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance) do not apply to the cases of non-conformity of goods, or quantitatively incomplete (deficient) performance.

3.2 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon non-conformity of goods

3.2.1 Non-conformity of goods to contract and obligations arising from pre-contractual negotiations as part of contract

A specific type of non-performance by the seller should be distinguished from the failure to perform obligations by the seller and partial performance. That type is non-conformity of goods (§ 217 of the LOA). Making this distinction is important because the regulation of contracts of sale in the LOA provides a special legal liability regime for non-conformity cases.

Criteria for when goods conform to the contract are provided in § 217(1) of the LOA. Goods must conform to the contract *particularly* with respect to the quantity, quality, type, description and packaging. Documents relating to the goods must also conform to the contract (second sentence of section 1). Since the law uses the construction *in particular* (i.e. primarily, especially) when describing the criteria of non-conformity to a contract, the non-conformity of goods may also be included in the non-performance of other conditions. For example, if the parties explicitly agree so or if it follows from the nature or purpose of the contract, or circumstances of entry into contract, etc. For the purposes of § 217 of the LOA, goods do not conform to the contract when the seller's performance is insufficient in quantity.¹⁵⁴⁷ In accordance with the practice of the Supreme Court, the rule that applies to distinguishing between non-performance, like *aliud*-performance, or failure to perform and non-conformity of goods is that only the delivery of goods considerably different from those contractually agreed upon can be considered *aliud*-performance.

§ 217(2) of the LOA provides typical cases in which goods do not conform to the contract. They are as follows:

- the goods lack the agreed upon characteristics (subsection 1);
- the goods are not fit for their intended use and purpose (subsection 2 of section 2);

¹⁵⁴⁶ See ch. 3.2.

¹⁵⁴⁷ See ch. 3.1.

- the use of the goods is hindered by provisions of legislation of which the seller was aware or ought to have been aware at the time of entry into the contract (subsection 3 of section 2);
- third parties have claims or other rights which they may assert with respect to the goods (subsection 4 of section 2, section 4);
- in the event of consumer sale, the goods do not possess the usual reasonable expected quality (subsection 6 of section 2, section 3).

Goods also do not conform to the contract if the lack of conformity arises from incorrect installation. This may occur if the installation was carried out by the seller or at the responsibility of the seller, if the buyer installed the goods incorrectly due to insufficient information provided by the seller with respect to installation (§ 217(5) of the LOA). The parties are usually free to agree on which characteristics the goods should possess and which requirements the goods have to meet post-installation.

A unique non-performance by the seller is a violation of the obligations arising from pre-contractual negotiations. General obligations of the parties arising from pre-contractual negotiations are specified in §§14-15 of the LOA. These are obligations that differ from classical contractual performance and accessory obligations in terms of their purpose and content, and the main content (in general terms) of which is the obligation to reasonably consider each other's interests and rights, and to inform the other party of important circumstances relating to the entry into contract. Pursuant to § 14(2) of the LOA, persons who engage in pre-contractual negotiations or other preparations for entering into a contract shall inform the other party of all circumstances with regard to which the other party has, based on the purpose of the contract, an identifiable essential interest. There is no obligation to inform the other party of circumstances that the other party could not reasonably expect to be informed about (second sentence of § 14(2) of the LOA).

Consequences of breaching the obligations arising from pre-contractual negotiations and liability for the breach depend on whether or not the parties enter into a contract as a result of the negotiations. If the parties do not enter into a contract, the buyer (creditor) has no contractual remedies with respect to the seller (debtor). In such a scenario, the buyer's rights are usually limited to claims for compensation for reliance loss (aka wasted expenditures). Based on the case law of the Supreme Court, the situation dramatically changes when the seller and the buyer have entered into a contract and the fact that the seller has breached his obligations does not become evident until a later date. In such a case the relationship between the parties should be treated as a single contractual relationship; the content of which includes obligations which were created before entry into contract (as well as those explicit in the contract). A breach of obligations of pre-contractual negotiations can be construed as a breach of the seller's contractual obligations, which gives the buyer the right to use contractual remedies.

3.2.2 Special conditions for asserting a claim

It is held in legal literature that § 218 of the LOA provides a higher liability standard for the seller in case of non-conforming goods despite that, in general, the principle of strict liability applies in the LOA, and the debtor (incl the seller) has no obligation to compensate for damage if the non-performance is excused (§ 103 of the LOA). This regulation ensures that the seller is liable for the non-conformity of goods if the non-conformity existed at the time the risk of accidental loss or damage to the goods passed to the buyer. In other words, the seller's liability is absolute and the seller is not exempted from liability if the non-performance was caused by *force majeure*. The author does not concur with this view. This view contradicts the meaning and purpose of the regulation. It is noteworthy that the practice of the Supreme Court is particularly conflicting in this matter. The analysis of this issue is even more complex due to the fact that legal literature and case law of the Supreme Court completely lack substantive reasoning and explanations regarding these viewpoints.

The author finds that the inaccuracy concerning the concept of the seller's liability is caused by the fact that two fundamentally different criteria have not been distinguished with sufficient precision: 1) liability as *accountability* for non-performance, and 2) liability as *attributability of the non-performance* to the seller (i.e the buyer's right to rely on the non-performance and use legal remedies). The real purpose of § 218 of the LOA is not to lay down a standard for the seller's liability (as it is erroneously held in legal literature); but rather to regulate which moment in time shall be taken as the basis for assessing the conformity of goods to the contract (issue of attributability of the non-performance to the seller). This purpose of the regulation is supported by the origin and systematics of § 218 of the LOA. Argument of origin: The source for the first sentence of § 218(1) of the LOA is CISG art. 36. In literature concerning the CISG, it is consistently held that the purpose of art. 36 of the CISG is to determine a moment in time which is taken as the basis to assess the conformity of goods to the contract. Despite the somewhat misleading wording of the regulation, its purpose is not to provide the seller with an independent basis for a claim. Argument of systematics: If § 218 of the LOA were a provision that regulated the standard of the seller's liability, it would allow the buyer to still use remedies which do not depend on excusability of non-performance (incl. withdraw from the contract and price reduction). Furthermore, if § 218 of the LOA was setting the standard for seller's liability, it would mean that the buyer could also use remedies with respect to non-conformities that are created after the delivery of the goods or of which the buyer was aware of or should have been aware of at the time of entry into the contract (§ 218(4) of the LOA). Clearly, such an outcome would be contrary to the meaning and purpose of the regulation as well as inconsistent with the general systematics of the law. It should be specifically highlighted that, without exception, all the provisions on which the regulation of legal remedies in the LOA is based state that the creditor (the buyer) may claim damages only if the debtor's (the seller's) non-performance is not excused. If the non-performance is excused (*force majeure*), the creditor cannot claim damages (see CISG art. 79, PECL art 8:101(2) and PICC art. 7.4.1, cf. also § 276 and 280 of the BGB). This further confirms that there are actually no substantive reasons why

§ 218 of the LOA should be viewed as a provision which governs the standard of the seller's liability or why the seller should be deemed liable for non-conformity of goods if the non-performance is excused (absolute liability).

The LOA does not prescribe a general term for the creditor (buyer) which would terminate his right to rely on debtor's (seller's) non-performance. An important exemption for this general principle is provided in § 220(1) of the LOA – the buyer shall notify the seller of any lack of conformity of goods to the contract within reasonable time after he or she becomes or should become aware of the lack of conformity.¹⁵⁴⁸ In addition, a buyer who enters into a contract of sale in the course of the professional or economic activity thereof shall provide a detailed description of the lack of conformity when giving notification thereof (§ 220(2) of the LOA). Notification of a non-conformity and describing a non-conformity are of essential importance to the buyer's rights. The buyer shall not rely on the lack of conformity of goods if the buyer does not notify the seller thereof on time or does not provide a sufficiently detailed description of the lack of conformity (§ 220(3) of the LOA) and loses the right to use remedies relying on non-performance.

The reasonable time within which the buyer has to notify the seller of any lack of conformity depends on the circumstances of each case, incl. the object of the contract, essence of the non-conformity, practice between the parties, custom in that field of activity, etc. Since a buyer who operates in the course of his professional or economic activities has a general obligation to examine the goods (§ 219 of the LOA), reasonable time starts to run after the goods have been examined (or should be examined). Whether the buyer should have discovered the lack of conformity of the goods during the examination is assessed on the basis of usual duty of care. With respect to notification of a concealed non-conformity, the term begins as of the moment the buyer became aware or should have become aware of the non-conformity. This also applies to contracts not entered into in the course of professional or economic activities. According to the Supreme Court, the obligation of a buyer, who entered into the contract in his economic or professional activities, to describe the non-conformity with sufficient accuracy means that it suffices if the buyer describes the non-conformity based on external examination. It follows from the case law that even a professional buyer has to describe the non-conformities only in general terms. The buyer is not required to specify the reason for non-conformity of the goods to the contract or specific facts related thereto.

As a rule, the buyer loses the right to rely on the non-conformity if the buyer breaches the obligation to give notice of the non-conformity or describe it (§ 220(3) of the LOA). In order to balance the interests of the parties, the law provides for exemptions when the buyer maintains the right to rely on non-conformity. Such exemptions are: 1) if a buyer has a reasonable excuse for *the failure to give notice* of the non-conformity of the goods to the contract (second sentence of § 220(3)), the buyer may reduce the purchase price or claim compensation for damages from the

¹⁵⁴⁸ In the event of consumer sale, the consumer shall notify the seller of any lack of conformity of goods within two months after becoming aware of the lack of conformity (second sentence of § 220(1) of the LOA).

seller, except for any loss of profit; 2) the lack of conformity of the goods have been caused by the intent or gross negligence of the seller (§ 221(1)1) of the LOA); 3) the seller is aware or ought to be aware of the lack of conformity of the goods or the circumstances related thereto and does not disclose such information to the buyer (§ 221(1)2) of the LOA).

3.2.3 Specific aspects relating to the granting of an additional term and problematic case law of the Supreme Court

Pursuant to the general rule set out in the first sentence of § 115(2) of the LOA, the buyer may claim damages in lieu of performance only if the buyer has given the seller an additional term to remedy the non-performance and the term has unsuccessfully expired. It is uncertain in this context what the significance of § 223 of the LOA is. § 223(1) states that the seller is deemed to have committed a *fundamental breach* of the contract of sale if, inter alia, the seller fails to repair or substitute the goods within a reasonable period of time after the seller *is notified* of the lack of conformity.¹⁵⁴⁹ Under § 223 of the LOA, the buyer may, unlike the general rule set out in § 116(2)5) of the LOA, withdraw from the contract without granting an additional term (§ 223(3) of the LOA). What is the significance of § 223 of the LOA on asserting a claim for damages in lieu of performance in a situation where, as a rule, the buyer can claim damages in lieu of performance only after the unsuccessful expiry of the additional term granted to the debtor to remedy the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA)?¹⁵⁵⁰

§ 223 of the LOA is not explicitly applicable to a claim for damages in lieu of performance. It is not precisely laid down in § 115(2) and (3) of the LOA that filing a claim for damages in lieu of performance is related to the significance of the non-performance of the debtor (seller).¹⁵⁵¹ The substantive prerequisites for a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract overlap as a result of a combined reading of § 115(3) and § 116(2) of the LOA. Subsequently, the creditor (buyer) may immediately claim damages in lieu of performance (without granting an additional term) every time the debtor's non-performance is deemed fundamental by § 116(2) of the LOA.¹⁵⁵² Therefore, it may be said that the legislature has wanted to approximate the material prerequisites for claiming damages in lieu of performance and withdrawing from a contract so that every time the creditor (buyer) has a right to withdraw from the contract, the creditor also has a right to claim damages in lieu of performance. Based on such consideration and logic it may be argued that § 223 of the LOA should also be applicable by analogy to a claim for damages in lieu of performance in addition to withdrawal from contract. In other words, it would not

¹⁵⁴⁹ In the event of customer sale, any unreasonable inconvenience caused to the purchaser by the repair or substitution of goods is also deemed to be a fundamental breach of the contract by the seller (§ 223(2) of the LOA).

¹⁵⁵⁰ See ch. 2.2.

¹⁵⁵¹ Cf. ch. 2.3 and ch. 4.3.2.

¹⁵⁵² See ch. 2.3.

make sense if the buyer could withdraw from the contract upon the occurrence of circumstances specified in § 223 of the LOA but could not claim, for example, reimbursement of the costs of remedying the non-conformity which usually causes much less harm to the seller's interests. Therefore, the author believes that § 223 of the LOA should be viewed as a special norm in the context of a claim for damages in lieu of performance. Departing from the general rule,¹⁵⁵³ it is therefore sufficient (according to § 223 of the LOA) for the buyer to claim damages in lieu of performance if he gives the seller a notice of the non-conformity and the seller does not remedy the non-conformity within a reasonable time. The seller's rights are guaranteed by the fact that upon becoming aware of non-conformities, the seller can take action and remedy these at his own expense. Therefore, § 223 of the LOA puts the risk of communication on the seller as the party who breached the contract. With respect to its effect and function, the seller's right to remedy non-conformities at his own cost is similar to the institute of cure: the seller (debtor) can remedy non-performance at his own cost only if he is actively involved and offers to (cure or replace) the performance.¹⁵⁵⁴

3.2.4 Calculation of damage and restrictions associated with the extent of a claim

In the case of non-conformity of goods to the contract, the main interest of the buyer is related to eliminating the immediate damage caused by the seller's deficiency of performance. In order to achieve this, the buyer may claim reimbursement of costs borne, or costs that will be borne, on remedying the non-conformity. The buyer may also claim compensation for the difference in the value of goods that is lower due to the non-conformity to the contract and the value of goods that conform to the contract.¹⁵⁵⁵ A much more complex issue is whether, and under what conditions, the buyer may claim damages in lieu of full performance if the goods do not conform to the contract, i.e. waive the entire performance of the seller.¹⁵⁵⁶ As analyzed in ch. 2.4, the creditor's (buyer's) right under the LOA to claim damages in lieu of full performance is restricted under the first sentence of § 115(4) only if the debtor's (the seller's) obligation is divisible and he has performed the obligation only in part.¹⁵⁵⁷ Otherwise, the law does not prescribe any restrictions on the extent of the buyer's (creditor's) claim (unlike third sentence of § 281(1) of the BGB). Since non-conformity of goods cannot be construed as partial performance by the seller and the regulation of contracts of sale does not set any additional restrictions on the extent of the buyer's claim either, the effect of the regulation is that the extent of the buyer's claim is not restricted if

¹⁵⁵³ According to which the buyer has to grant the seller an additional term to remedy the non-conformity before filing a claim for damages in lieu of performance (§ 115(2) of the LOA).

¹⁵⁵⁴ Cf. § 107 of the LOA. Compare CISG art 48; PECL art 8:104; PICC art 7.1.4. As regards cure see also ch. 2.6.

¹⁵⁵⁵ See also ch. 1.3, ch. 2.4 and ch. 2.5.

¹⁵⁵⁶ For the extent of a claim for damages in lieu of full performance see ch. 1.3 and ch. 2.4, also ch. 5.2.

¹⁵⁵⁷ See also ch. 3.1 for the definition of partial performance of an obligation.

the buyer has a right to claim damages in lieu of performance due to non-conformity of goods. That means that the buyer is free to choose whether he claims damages in lieu of full performance or only restrictively (with respect to non-conformity).¹⁵⁵⁸ This is in line with the regulation of § 116(2)5) and § 223 of the LOA which both allow withdrawal from a contract (i.e. to be relieved from the seller's performance in full) in case of non-conformity of goods to the contract, regardless of whether the non-conformity of goods was fundamental, immaterial or even marginal. Therefore, regardless of the extent of non-conformity to the contract, the buyer may waive the seller's full performance (claim damages in lieu of full performance). This is in compliance with the logic that the substantive requirements for withdrawing from a contract and filing a claim for damages in lieu of performance should be the same. In other words, it would not make sense if, in the case of non-conformity of goods to the contract, the buyer would have a right to withdraw from the contract (§ 223 of the LOA, § 116(2)5)) but no right to claim damages in lieu of full performance. In that case, the buyer could achieve the desired purpose by first withdrawing from the contract, and then claiming compensation for the difference in price or additional costs borne due to a substitute transaction.¹⁵⁵⁹

In the author's view, the regulation that allows the buyer to claim damages in lieu of full performance (and withdraw from the contract) regardless of the extent of the non-performance should be considered ineffective. Such a regulation fails to reasonably consider the need to balance the interests of the parties: the buyer's right to waive the seller's performance due to minor lack of conformity disproportionately harms the seller's interests. Consequently, the regulation is unreasonable and should be amended. The author proposes the regulation § 115(4) of the LOA should be amended *de lege ferenda* as follows:¹⁵⁶⁰

"If an obligation is divisible and the debtor performs the obligation in part, the creditor may claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. If the debtor has performed improperly, the creditor may not claim damages in lieu of full performance if the non-performance is insignificant."

In order to ensure that the proposed amendment is in compliance with the regulation of § 223 of the LOA it should be supplemented *de lege ferenda* with a second sentence as follows:

"The buyer may not withdraw from the contract or claim damages in lieu of full performance if the non-conformity of goods to the contract is insignificant."

¹⁵⁵⁸ See ch. 2.4 and ch. 1.3 for the calculation of damages.

¹⁵⁵⁹ See ch. 5 for the buyer's right to claim compensation for the difference in price.

¹⁵⁶⁰ § 116(2)5) of the LOA should also be similarly amended, see ch. 5.1.2.

3.2.5 Simultaneous claim for damages and claim to reimburse repair costs under § 222(5) of the LOA

It is somewhat surprising that a claim for damages in lieu of performance that can be filed under § 115 of the LOA is not the only claim the buyer can file to require the seller to reimburse the costs borne on remedying non-conformities. § 222(5) of the LOA provides that if the buyer legitimately requires the repair of an item and the seller fails to repair the item within a reasonable period of time, the buyer may repair the it or have it repaired, and claim compensation for any reasonable costs incurred thereupon from the seller. Thus, the law allows the buyer to reclaim costs for the seller's non-performance both through a claim for damages in lieu of performance and through a claim for repair or performance. Broadly speaking, it may be said that in distinguishing a claim for repair under § 222(5) of the LOA from a claim for damages in lieu of performance (§ 115(1) of the LOA) the Supreme Court has mostly used the criteria of whether the buyer has already paid for the repair costs. It cannot, however, be concluded that the buyer is entitled to claim reimbursement of incurred expenses solely under § 222(5) of the LOA. In other words, it is incorrect to maintain that § 222(5) of the LOA is an exclusive provision based on which the buyer may claim reimbursement of repair costs (damage) that have already been incurred. The author finds that in accordance with § 115 of the LOA the buyer is always guaranteed to have such a right in the context of a claim for damages in lieu of performance. It does not follow from the regulation of compensation for damage that the creditor (buyer) can only claim reimbursement of costs (damage) that will be incurred in the future and not the reimbursement of costs already incurred in the context of a claim for damages.¹⁵⁶¹ A different result would be unreasonable and in conflict with the basic principles of the regulation of compensation for damage. What is shown above is that if the buyer, for some reason, cannot claim reimbursement of incurred costs under § 222(5) of the LOA, it does not exclude the buyer's right to claim reimbursement of costs (damage) based on § 115(1) of the LOA. There is also a strong practical need for such an interpretation and possibility to assert a claim.

Example: The buyer notifies the seller of non-conformity of goods and requires the non-conformity to be remedied. Since the seller refuses, the buyer has the non-conformity remedied the next day in order to reduce damage. Because in this example the buyer does not wait for the expiry of a reasonable period of time (as required under § 222(5) of the LOA)¹⁵⁶² he cannot claim reimbursement of expenses on the basis of § 222(5) of the LOA. The buyer can, however, claim damages in lieu of performance based on the first alternative of § 115(3) of the LOA¹⁵⁶³ as well as withdraw from the

¹⁵⁶¹ See more in ch. 2.5.

¹⁵⁶² § 222(5) of the LOA stipulates the following: *If the purchaser legitimately requires the repair of a thing and the seller fails to repair the thing within a reasonable period of time, the purchaser may repair the thing or have the thing repaired, and claim compensation for any reasonable costs incurred thereupon from the seller.*

¹⁵⁶³ If the seller refuses to perform it means that the granting of an additional term would not have any effect based on the first alternative of § 115(3) of the LOA. See also ch. 2.3.

contract based on § 116(2)4) of the LOA.¹⁵⁶⁴ It would not make sense if the buyer could withdraw from the contract but could not claim reimbursement of the costs of remedying the non-conformity. The above example serves to illustrate that the regulation of § 222(5) of the LOA cannot be deemed an exclusive provision for reimbursing the costs borne by the buyer

Since the buyer can successfully claim reimbursement of repair costs under § 115 of the LOA, the author considers § 222(5) of the LOA an unnecessary duplicative provision. § 222(5) of the LOA is particularly problematic because it departs from the logic of the LOA more generally based on which the buyer (creditor) can, as a rule, claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted to remedy the non-performance (see first sentence of § 115(2) of the LOA). However, § 222(5) of the LOA does not require an additional term to be granted and merely requires the filing of a claim of performance and unsuccessful expiry of a reasonable period of time. The author finds that a regulatory outcome where the logic of the functioning of the general and special part of a legislative act are not compatible is ineffective and objectionable. § 222(5) of the LOA has no substantive added value for the buyer – the buyer can achieve a similar result based on § 115 of the LOA in the context of a claim for damages in lieu of performance. Therefore, it should be either be abolished or the wording of the provision should be approximated with the wording of § 115 of the LOA.

3.2.6 Expiry of claims

The buyer can claim damages in lieu of performance within three years from the time the claim falls due (circumstances specified in § 115(2)-(3) of the LOA (§ 146(1) of the GPCCA¹⁵⁶⁵, § 147(2) of the GPCCA).¹⁵⁶⁶ The significance of § 227(1) of the LOA is unclear in relation to the expiry of a claim for damages in lieu of performance § 227(1) of the LOA upholds that the limitation period of a claim arising from the lack of conformity of goods starts to run as of the *delivery of the goods to the buyer*. It is mentioned in legal literature that § 227 of the LOA is a special provision with respect to § 147 of the GPCCA based on which the limitation period of a claim begins when the claim falls due. It is doubtful whether the provision also applies to a claim for damages in lieu of performance. The author believes such an interpretation should be recognised. The systematics of the law and the origin of the provision are in support the author's determination. The legislature has wanted to restrict the term for asserting a claim arising from the lack of conformity of goods as a whole, i.e. regardless of whether it is a claim of performance or a claim for damages. The effect of such an interpretation complies with § 438 of the BGB on which the regulation is based. Therefore, the limitation period of the buyer's claim for damages in lieu of

¹⁵⁶⁴ Pursuant to § 116(2)4) of the LOA the buyer may withdraw from the contract without granting an additional term if the non-performance of the debtor (the seller) gives a good reason to presume that the obligations will not be performed in the future either.

¹⁵⁶⁵ General Part of the Civil Code Act.

¹⁵⁶⁶ See ch. 2.6.

performance arising from the lack of conformity of goods to the contract should be calculated as of delivery of the goods to the buyer.¹⁵⁶⁷ This is so regardless of whether the buyer knew (or should have known) of the lack of conformity of the goods to the contract; this applies also in the case of a concealed non-conformity. This means, *inter alia*, that the buyer's claim may expire before it even falls due.¹⁵⁶⁸

It is also of interest to examine how the seller's successful repair or replacement of non-conforming goods affects the expiry of the buyer's claim (within the meaning of the second and third sentence of § 227 of the LOA).¹⁵⁶⁹ The author finds that the view should be taken that since repairing or replacing goods usually qualifies as recognition of a claim based on § 158(2) of the GPCCA, the limitation period of a claim should be deemed interrupted each time the goods are replaced or repaired. However, if goods are repaired, the interruption of the limitation period should have a restrictive effect, only as far as the seller has recognised the claim to remedy the lack of conformity by repairing the goods.

3.3 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon a breach of accessory obligations by the seller

3.3.1 Accessory obligations of the seller

The buyer may also claim damages in lieu of performance if the seller breaches accessory obligations. Here, the law does not contain any restrictions. The law does not provide any guidance on how to substantiate the concept of accessory obligations. One possible way to distinguish between principal and accessory obligations is that all obligations of the seller that are not principal obligations are accessory obligations. Taking into account that the LOA is based on a uniform concept of non-performance,¹⁵⁷⁰ the precise definition of principal and accessory obligations has no practical significance. Typical accessory obligations of a seller are set out in the regulation of contracts of sale in §§ 210-212, 215, 216, 229 and 232. The following accessory obligations may be highlighted:

- additional obligations of seller in event of carriage of items (§ 210 of the LOA);
- obligation of seller to hand over documents related to the item to the buyer (§ 211 of the LOA);

¹⁵⁶⁷ The Supreme Court has reached the same interpretation in its recent decision, CCSCd, 3-2-1-21-16.

¹⁵⁶⁸ This may happen, for example, when the buyer has not granted the seller an additional term to remedy the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA) and has not relied on the lack of conformity (§ 223 of the LOA): in such a case, in the absence of exceptional circumstances (§ 115(3) of the LOA), the claim for damages in lieu of performance cannot be deemed to have fallen due.

¹⁵⁶⁹ The second and third sentences of § 227 of the LOA are as follows: *Upon delivery of a substitute thing by the seller, the limitation period begins as of the delivery of the substitute thing to the purchaser. Upon repair of a thing by the seller, the limitation period of claims against the eliminated deficiency begins anew as of the repair of the thing.*

¹⁵⁷⁰ See ch. 1.1.

- notification obligation of seller (§ 212 of the LOA);
- obligation of seller to bear the costs of entry into and performance of contract (§ 215 of the LOA);
- obligation of seller to bear all costs and duties relating to the thing (§ 216 of the LOA);
- obligation of seller to provide information regarding the possibilities of using services (§ 232 of the LOA).

In addition to the above listed obligations of the seller, the parties are free to agree on any other accessory obligations. Such obligations may also arise from the circumstances of entering into the contract, field of activity, custom and practice between the parties, pre-contractual negotiations, purpose and nature of the contract, etc. (largely a matter of interpretation, cf. § 24 and § 29 of the LOA). Accessory obligations of the seller may generally be divided into *accessory performance obligations* and *protection obligations*. Accessory performance obligations are obligations of the seller the essence of which is usually the making of an act (performance) that ensures the fulfillment of the principal obligation or allows the buyer to fully enjoy the benefit received from the performance of the seller. In certain cases it may be complicated to distinguish an accessory performance obligation from an obligation to ensure conformity of goods to the contract (e.g. in the case of a user manual of goods). Protection obligations are either created under law (§ 2(2) of the LOA), by agreement of parties, or arise from circumstances of entry into contract and peculiarities relating to the object of contract. It is not usually the immediate purpose of protection obligations to ensure that the seller performs; they primarily protect the buyer's other rights and legal benefits with the aim of preventing damages. Accessory obligations of the seller may also consist in contractual obligations which remain in effect between the parties after the principal obligations have been performed.

3.3.2 Specific aspects of granting an additional term and extent of a claim

Granting an additional term. Although filing a claim for damages in lieu of performance by the buyer usually requires that the additional term granted to the seller to remedy the non-performance has unsuccessfully expired (first sentence of § 115(2) of the LOA), it might be incompatible with the nature of the non-performance to grant an additional term depending on the accessory obligation breached by the seller. This applies, in particular, to accessory obligations of the seller which are aimed at avoiding something, not doing something or take account of the buyer's rights in some other manner (e.g. prohibition on competition or confidentiality agreement). Such obligations are usually continuing obligations which have to be performed on an ongoing basis. Since in such a case the granting of an additional term is not in line with the nature of the breached obligations, the proper way to give the seller (the debtor) his last chance is to warn the seller. Such a warning would serve a purpose

similar to the granting of an additional term.¹⁵⁷¹ As the current regulation in the LOA does not set out such a possibility, the author believes that § 115(2) of the LOA should be supplemented *de lege ferenda* as follows:¹⁵⁷²

“If the nature of the non-performance precludes the granting of an additional term, a warning shall replace the granting of an additional term.”

Calculation of damage and specific aspects of the extent of a claim. If the seller breaches an accessory obligation, the content of which is to render a performance, the buyer can usually claim damages in lieu of such performance without any obstacles (e.g. if the obligation to provide user training for the goods is not performed, a substitute training can be organised). In the case of failure to perform such an accessory obligation, as well in the case of partial performance or improper performance of such an accessory obligation, the buyer can calculate damage on similar principles (*mutatis mutandis*) as in the case of failure to perform principal obligations by the seller.¹⁵⁷³ As a rule, the content of such a claim is the cost of replacing an accessory performance obligation or compensation for the lower value of the performance.

The situation is much more complicated when the seller breaches an obligation other than a performance obligation, e.g. a protection obligation or an obligation to avoid making an act (e.g. confidentiality obligation or prohibition on competition). If such obligations are breached, the buyer cannot usually claim damages in lieu of a performance of just the breached obligation because such a claim would not be in compliance with the nature of the breached obligation. Therefore, the buyer can usually claim damages in lieu of such a performance obligation that it affects (e.g. the seller breaches the obligation to preserve or store the goods and as a result the goods are damaged or destroyed). In that case, the buyer can calculate his damages based on the effect (harm) the breach of an accessory obligation has on the performance obligation. Breaching a protection obligation by the seller does not usually directly harm or threaten the fulfillment of performance obligations of the seller and therefore, the buyer usually has no need to replace the performance obligations with a claim for damages (i.e. claim damages in lieu of performance).

It is uncertain whether and under what conditions the buyer can claim damages in lieu of full performance, i.e. waive the full performance of the seller, upon breach of accessory obligations by the seller. Since the LOA does not set out any special provisions for the content and extent of the creditor's (buyer's) claim upon a breach of the debtor's (seller's) accessory obligations, reference must be made to the general restrictions for the extent of a claim.¹⁵⁷⁴ As analyzed above, the only provision restricting the extent of claims of the creditor (the buyer) is the first sentence of § 115(4) of the

¹⁵⁷¹ See ch. 1.2 for the purpose of an additional term.

¹⁵⁷² Similar regulation can be found in § 281(3) of the BGB.

¹⁵⁷³ Cf. ch. 1.3, ch 2.5, ch 3.1, ch 3.2.

¹⁵⁷⁴ See also ch. 2.4 and ch 3.2.4.

LOA.¹⁵⁷⁵ Upon a breach of accessory obligations, there can usually be no question of partial performance in the context of the first sentence of § 115(4) of the LOA¹⁵⁷⁶ which only allows a conclusion that the extent of the buyer's (the creditor's) claim is not restricted by law. This means that the buyer is free to choose whether he claims damages in lieu of performance only restrictively (i.e. in lieu of accessory obligation, for example) or in lieu of full performance and thereby waiving the performance of the seller in full. This right to choose relating to the extent of the buyer's claim is in compliance with the logic of § 116(2)5) of the LOA that allows the buyer to withdraw from the contract (i.e. waive the performance of the seller in full) if the other party (the seller) fails to perform *any obligation* within additional term or gives notice of not intending to perform. Thus, the creditor (the buyer) may withdraw from the contract also if (any) accessory obligation is not performed within the additional term.¹⁵⁷⁷ Therefore, it would be illogical and unjustified if the buyer had a right to withdraw from the contract upon a breach of accessory obligations but would not have a right to claim damages in lieu of full performance. If the buyer so desired he could achieve a similar effect by combining withdrawal from the contract and a claim for compensation for the difference in price which would make the outcome even more unreasonable.¹⁵⁷⁸

However, the logic of such *de lege lata* regulation is dubious. The author opposes this particular regulation. A regulation that allows the creditor (the buyer) to waive the debtor's (the seller's) performance in full, upon a breach of an accessory obligation, should be deemed ineffective as it fails to sufficiently take into account the need to balance the interests of the parties. A justified and reasonable solution would be one where in the case of a breach of an accessory obligation, the creditor (the buyer) could claim damages in lieu of full performance only in exceptional cases. The author recommends that the regulation of § 115(4) of the LOA be amended *de lege ferenda* as follows:¹⁵⁷⁹

"If an obligation is divisible and the debtor performs the obligation in part, the creditor may claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. If the debtor has performed improperly, the creditor may not claim damages in lieu of full performance if the non-performance is insignificant. If the debtor breaches an obligation other than an obligation to perform, the creditor may claim damages in lieu of performance only if it cannot reasonably be expected that the debtor performs the obligation in the future. The provisions of sentences 1 and 2 apply to the creditor's right to claim damages in lieu of full performance."

¹⁵⁷⁵ § 115(4) of the LOA stipulates the following: *If an obligor performs an obligation in part, the obligee may claim compensation for damage in lieu of full performance only if the obligee does not have a reasonable interest in partial performance. In such case, that which was delivered as partial performance shall be returned pursuant to the provisions of §§ 189 to 191 of this Act.*

See also ch. 2.4 and ch 3.2.4.

¹⁵⁷⁶ See ch. 3.1 for the definition of partial performance.

¹⁵⁷⁷ See also ch. 2.4 and ch 3.2.4.

¹⁵⁷⁸ See ch. 5 for the buyer's right to claim compensation for the difference in price.

¹⁵⁷⁹ The first two sentences of the *de lege ferenda* were already proposed above (see ch. 3.2.4). See also § 282 of the BGB.

4. CONSEQUENCES OF ASSERTING A CLAIM FOR DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE

4.1 Termination of the claim for performance and its extent

It is not specified in § 115 of the LOA what the relationship is between a claim for damages in lieu of performance and a claim of performance. According to § 108(8) of the LOA, a creditor shall not require performance of an obligation if, at the request thereof, the creditor has in lieu of performance *received compensation* for the damage incurred due to non-performance. It may be concluded from the wording of the provision that the creditor's (the buyer's) right to claim performance only ceases to exist when the debtor (the seller) has already compensated the creditor (the buyer) for the damage. According to the practice of the Supreme Court, the creditor's claim for performance ceases when the judgement awarding damages enters into force. The author finds both § 108(8) of the LOA and Supreme Court's practice to be misleading. Neither of the approaches complies with the essence of a claim for damages in lieu of performance.

By the interpretation of the relationship between a claim for damages in lieu of performance and a claim for performance, it is easy to see the similarities between § 281 of the BGB and § 115 of the LOA. § 281(4) of the BGB states that the consequence for claiming damages in lieu of performance is the termination of the claim for performance. Consequently, asserting a claim for damages leads to the debtor's performance obligation transforming into an obligation to compensate for damage. The author believes the LOA should also be guided by such a connection of a claim of performance with a claim for damages in lieu of performance. The grammatical wording of the regulation supports this interpretation as it clearly speaks of claiming for damages *in lieu of* performance (§ 115(1) and (2) of the LOA). It also follows from the essence of the claim for damages in lieu of performance: by filing a claim, the creditor expresses his wish to exit the performance relationship and achieve the positive interest pursued by the performance through compensation for damage (cf. the wording of § 127(1) of the LOA). As noted, the origin of the regulation (§ 281(4) of the BGB) supports this interpretation. Therefore, the regulation of § 108(8) of the LOA is misleading. The Supreme Court has also let itself be misled by the poor wording of the regulation. The author advocates that § 108(8) of the LOA should be repealed as a meaningless and misleading provision.

There is no regulation in the law specifying to what extent the buyer's claim of performance ceases to exist when damages in lieu of performance are claimed. This, however, has an immediate effect on the rights and obligations of both parties. The author finds that it should be held that a claim of performance and a performance obligation of the debtor (the seller) should cease to exist *to the extent* in which the creditor (the buyer) wishes to be relieved from the debtor's (the seller's) performance (and being tied to it) by filing a claim. In other words, if the buyer's claim of performance ceased to exist within a more restricted or broader extent, it would bring about either the enrichment of the buyer (natural performance + claim for damages) or the seller being relieved of liability without justification. Neither would be in compliance with

the general principles and purpose of the regulation of compensation for damage. Therefore, claiming damages in lieu of performance entails the termination of a claim for performance and replaces it with an obligation to compensate for damage to an extent in which the creditor (the buyer) has asserted the claim. In the remaining part, the performance relationship between the parties is maintained in its previous form. In sum, the buyer's claim for performance ceases to exist completely if he claims from the seller compensation for damage in lieu of full performance. However, if compensation for damage is claimed only restrictively (e.g. claiming reimbursement of repair costs), the claim of performance also ceases to exist to a restricted extent. The result of termination of a claim of performance is that in the corresponding part, the seller's right to offer performance and remedy the non-performance at his own expense terminates as well. Based on the above, the author proposes that the regulation in the LOA should be amended as follows. § 108(8) of the LOA as a provision that is devoid of any normative content should be repealed. § 115(4) of the LOA should be supplemented *de lege ferenda* with the following as its first sentence:

"Upon claiming damages in lieu of performance the claim of performance shall cease to exist in the corresponding part."

4.2 Time of termination of a claim of performance and the buyer's right to choose

It is not provided in law that when the right to claim damages in lieu of performance arises it results in *ipso iure* consequences. Meeting the prerequisites for a claim means that the buyer *is entitled to* claim damages from the seller in lieu of performance. In this respect, a claim for damages in lieu of performance resembles the use of formative rights which also distinguish between a right to use a formative right (material prerequisites) and making a declaration of intention needed to assert it (formal prerequisite).¹⁵⁸⁰ Therefore, the creation of a right of claim entitles the buyer to decide whether he wants the seller to compensate him for the damage (and terminate the performance relationship in the corresponding part) or hold on to the claim of performance (and the performance relationship).

Usually, there is a period between the creation of a claim for damages in lieu of performance and asserting the claim. At this time the buyer (creditor) is entitled to file a claim for damages in lieu of performance (or e.g. withdraw from the contract) but at the same time has not yet waived the claim of performance. In such an instance, the buyer has two simultaneous claims: a claim of performance and a claim for damages. The law does not specify a term within which the buyer has to choose between performance and compensation for damage. Since the assertion of a claim for damages in lieu of performance is restricted only by the expiry of the claim,¹⁵⁸¹ the buyer's right to

¹⁵⁸⁰ Cf., for example, in the case of withdrawal from a contract or a right to reduce the price § 112, § 116, § 188(1) of the LOA.

¹⁵⁸¹ See ch. 2.6.

choose should, usually, be deemed to have ceased to exist as of the expiry of a claim of performance. Until then the buyer has, in principle, a right to choose whether he claims performance or damages. Interests of the seller (debtor) can be deemed sufficiently protected because he has a possibility to solve the unclear situation by offering to perform. The buyer's right to choose terminates when he files a claim for damages. At that point, the claim for performance ceases to exist and is replaced by a claim for damages. The buyer's right to choose should also be deemed to have ceased to exist if the buyer's claim of performance is eliminated under § 108(2)-(5) of the LOA.¹⁵⁸² To be clear, the buyer's right to choose does not mean that he may claim performance and damages at the same time. If the buyer claims performance first, it does not usually restrict his right to claim damages in lieu of performance upon the unsuccessful expiry of a reasonable period of time. In such a case, the buyer does not, *inter alia*, have to set a new additional term for the seller to remedy the non-performance.

Certain problems of interpretation arise in a situation where the seller offers performance and the prerequisites for a claim for damages in lieu of performance are met (e.g. the additional term has expired) but the buyer has not yet decided which remedy he wishes to use. The author believes that, in general, the interpretation to be supported is that in such a case the buyer loses the right to a claim for damages in lieu of performance, as long as he does not refuse to accept performance immediately after receiving such an offer from the seller. This interpretation is based on a consideration that once the additional term has unsuccessfully expired, the buyer should be ensured a reasonable period for reflection. However, if the seller offers to perform in a situation in which a longer period has already passed, the buyer may have an obligation to accept the offered performance based on the principle of good faith.¹⁵⁸³

4.3 Maintaining the buyer's obligation of counter-performance

4.3.1 Problem definition and regulation of the BGB

The effects of filing a claim for damages in lieu of performance on the creditor's (buyer's) obligation of counter-performance are not specified in the law. Despite the ambiguity of the regulation, the Supreme Court has held on several occasions that asserting a claim for damages in lieu of a performance of a principal obligation should be construed as implicit withdrawal from a contract. The same conclusion has been made in legal literature. It is, however, unclear on which dogmatic arguments this viewpoint is based: there is a complete lack of any substantive reasoning or legal arguments. It is merely noted that this kind of interpretation is "useful" and that "otherwise, in claiming damages the fate of the contract as a whole would be

¹⁵⁸² § 108(2)-(5) of the LOA set out the constituent elements upon the presence of which the creditor's right to claim performance of non-monetary obligations ceases to exist (compare § 275 of the BGB). See also ch. 2.3.

¹⁵⁸³ The buyer's obligation to accept the seller's performance may also arise from § 107 of the LOA (cure). See to that effect ch. 2.6.

questioned”. It is the author’s view that such a fundamental dogmatic conclusion cannot be justified with arguments like “useful”, “seems reasonable” and so forth. Conclusions must be based on systematics and legal doctrine of law. Since the statements made by the Supreme Court and legal literature do not contain any arguments, it is extremely complicated to analyze the presented viewpoints. The author believes that in a situation where Estonian legal literature and case law lack relevant legal analysis it is appropriate to examine German law to understand the meaning and significance of the regulation which has been based on German law (§§ 280-281 of the BGB).

Various opinions have been expressed in German law on the issue of determining the effect of claiming damages in lieu of performance on the creditor’s obligation of counter-performance. The main reason for conflicting views is the fact that § 281 of the BGB, which governs the claim, does not make these consequences explicit. However, it is clearly provided in § 281(4) of the BGB that the consequence of claiming damages in lieu of performance is the termination of a claim of performance. Two main opinions may be distinguished in legal literature. According to the first group of authors, claiming damages in lieu of performance involves *ipso iure* the termination of the creditor’s obligation of counter-performance. The second group of authors finds that claiming damages has no connection to the creditor’s obligation of counter-performance: claiming it merely entails the transformation of the creditor’s claim of performance into a claim for damages but leaves the remaining part of the legal relationship (In German, *Schuldverhältnis*) untouched. The two opinions are expanded upon below.

According to the first group of authors, claiming damages in lieu of full performance includes the termination of the creditor’s obligation of counter-performance. This is because in the case of reciprocal contracts, the debtor’s performance obligation and the creditor’s obligation of counter-performance share a special reciprocal connection. Therefore, the termination of the debtor’s performance obligation entails the immediate termination of the creditor’s obligation of counter-performance. Based on the reasoning of Stadler, in the context of § 281 of the BGB, this conclusion can be reached by analogy of the first sentence of § 326(1) of the BGB which sets out that an obligation of counter-performance ceases to exist if the creditor cannot require performance pursuant to § 275 of the BGB. A similar opinion is held by Arnold, who justifies the interpretation with the principle of uniform substantiation of § 281 and § 326(1) of the BGB. Schwarze ultimately finds that, in general, the preferred interpretation is one where the termination of a claim of performance entails the termination of the creditor’s obligation of counter-performance due to conditional reciprocity of performances. Several other authors have reached the same conclusion.

The second group of authors finds that claiming damages does not affect the creditor’s obligation of counter-performance and despite the termination of the creditor’s claim of performance the debtor can still claim counter-performance from the creditor. The first supporting argument is that although the principle of conditional reciprocity has been expressed in the BGB, the law does not specify that such a principle applies without restrictions (cf. combined effect of § 326(3) and § 285 of the BGB). The second argument holds that the principle of conditional reciprocity does not presume that the termination of the performance obligation entails *ipso iure* the termination of

the obligation of counter-performance. § 326(3) of the BGB is contradictory in this respect. Because the provision mentions the *continuity* of the obligation of counter-performance, it may be concluded that the obligation of counter-performance never ceased to exist. The third major supporting argument states that an understanding whereby the principle of conditional reciprocity requires the termination of the debtor's performance also entails the immediate termination of the creditor's obligation of counter-performance is incorrect. The true essence of the principle of conditional reciprocity is that in a situation where the debtor's performance obligation ceases to exist, it must be *ensured* that the creditor *has a possibility to be relieved* of his obligation of counter-performance. Such relief may also be related to the use of some other remedy (e.g. withdrawal from a contract). In sum, the second group of authors finds that claiming damages in lieu of performance only terminates the performance obligation of the debtor but the creditor's obligation of counter-performance survives. It is noted that after the BGB was modernised (SMG), the regulation changed and the termination of the creditor's obligation of counter-performance is exhaustively regulated with withdrawal from a contract.

4.3.2 Solution in the LOA

The prevailing view in Estonia is that claiming damages in lieu of full performance entails withdrawal from the contract. It following conclusion is that, as a result of a claim, the buyer's (creditor's) obligation of counter-performance (obligation to pay the purchase price) should also cease to exist. The author finds this interpretation to be highly questionable. The view taken in the case law of the Supreme Court and legal literature may only be justified if it is supported by the common purpose and interest pursued by the remedies, of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract. This also presumes that the conditions for exercising the legal remedies overlap. Otherwise, there would be no grounds and no justification to tie the consequences of withdrawing from a contract to claiming damages in lieu of performance. In the subsequent sections, the aforementioned aspects of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract are analyzed: first, the purposes and functions are compared (ch. 4.3.2.1); then, the main prerequisites for using remedies are analyzed (ch. 4.3.2.2). In chapter 4.3.2.3, the regulation of conditional reciprocity is studied, as well as its significance on obligations of counter-performance. The chapter concludes with a comparison of the consequences of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract (ch. 4.3.2.4).

4.3.2.1 Purpose of a claim for damages and withdrawal from a contract

Pursuant to § 127(1) of the LOA, the purpose of compensation for damage under a contract is to place the creditor (buyer) in a situation in which he would have been if the debtor (the seller) had performed the contract. Therefore, the positive interest of the creditor is protected through a damages claim. In assessing the extent of damage, the LOA follows the principle of hypothesis of difference. Estonian civil law does

not recognise punitive damages and the purpose of compensating for damage is not to punish the debtor.

The purpose of withdrawal from a contract is expressed in the consequences of withdrawal. Withdrawal from a contract has two main consequences. First, withdrawal from a contract terminates reciprocal claims of performance (and performance obligations). Second, the parties have to return in kind to each other that which they received under the contract (§ 189(1) of the LOA). Hence, the purpose of withdrawal from a contract is to restore the situation in which the parties were after entering into the contract, only before they exchanged performances (*status quo ante contractum*). This interpretation is supported by the fact that upon withdrawal from a contract, the problem lies in the performance stage; it is unrelated to the stage of entering into the contract (unlike, for example, in the case of invalid contracts). The author does not accept the argument made in legal literature that the purpose of withdrawal from a contract is to place the parties in a situation in which they would have been if the contract had not been entered into.

It follows from the above that a claim for damages and withdrawal from a contract have fundamentally different purposes and they protect different interests. This also means that it is not appropriate to extend the prerequisites for and consequences of withdrawal from a contract to a claim for damages. When the buyer withdraws from the contract, the seller risks not achieving the exchange of performances pursued by the contract. But, in the case of compensation for damage, the seller bears the risk of compensating the performance interest of the buyer. Therefore, the risk accompanying the obligation to compensate for damage and withdrawal from a contract is, by nature, different.

4.3.2.2 Differences in the prerequisites for remedies

The preconditions for a claim for damages in lieu of performance and right to withdraw from a contract are also somewhat different. Claiming for damages in lieu of performance usually requires that the debtor (seller) be granted an additional term to remedy the non-performance and that it has unsuccessfully expired (first sentence of section 2 of § 115 of LOA). The cornerstone for the right to withdraw from a contract is a fundamental breach of the debtor's (the seller's) obligations (§ 116(1) of the LOA). In practice, however, there are usually no major differences because the prerequisites for withdrawal from a contract and a claim for damages in lieu of performance are the same. This means that if the creditor (buyer) may withdraw from the contract he may, in most cases, also claim damages in lieu of performance (alternative 2 of § 115(3) of the LOA in conjunction with § 116(2)1-4) of the LOA). The Supreme Court has harmonised the prerequisites to use remedies even further by noting that in case of non-conformity that can be remedied the buyer may withdraw from the contract only after the additional term granted to remedy the non-performance has unsuccessfully expired. Therefore, the textbook case in which both remedies could be used requires the debtor (the seller) to fail to remedy non-performance within the additional term.

As covered in chapter 3.2.3, the regulation of contracts of sale provides an additional basis for allowing the buyer to withdraw from the contract (§ 116 of the LOA).¹⁵⁸⁴ As determined by § 223 of the LOA, a seller is deemed to have fundamentally breached the contract if he fails to repair or replace the goods within reasonable time after being notified of the non-conformity.¹⁵⁸⁵ The provision is based on art. 3(5) of the Consumer Sales Directive. Although art. 3(6) of the Directive provides a possibility to restrict the right to withdraw from a contract if there is only a minor lack of conformity, the Estonian legislature has decided that it is necessary to offer increased protection. Pursuant to § 223 of the LOA, the buyer may withdraw from the contract regardless of whether the non-conformity is fundamental, immaterial or even insignificant. The legislature has also expanded the scope of application of § 223: it is not confined only to consumer sales contracts but extends even further to all sales contracts regardless of the parties to the contract (incl. C2C, B2B, C2B contracts). The author finds that the regulation of § 223 of the LOA is unfounded; it fails to sufficiently take into account the need to balance both parties' interests. As noted in chapter 3.2.4, the regulation should be amended so that the buyer has no right to withdraw from the contract and claim damages in lieu of performance if the non-conformity of goods to the contract is insignificant.¹⁵⁸⁶

A difference with respect to assertion of remedies relates to excusability of the non-performance. The creditor may claim damages only if the non-performance is not excused (no *force majeure*)¹⁵⁸⁷ but in the case of withdrawal from a contract, excusability of non-performance has no relevance. Similar distinctions are made in the CISG, PECL, PICC and BGB.¹⁵⁸⁸

The law does not provide a general time limit that terminates the right to claim damages in lieu of performance. Under § 118 of the LOA, which cannot be applied (inter alia by analogy) to a claim for damages in lieu of performance,¹⁵⁸⁹ the right to withdraw from a contract is time-restricted. Based on this, the creditor loses the right to withdraw from the contract if he does not make the declaration of withdrawal within a reasonable time after: 1) the party becomes or should have become aware of a fundamental breach of the contract (§ 118(1) p 1) of the LOA); or 2) the additional

¹⁵⁸⁴ In ch. 3.2.3 a conclusion was made that upon the occurrence of circumstances specified in § 223 of the LOA the buyer is also entitled to claim damages in lieu of performance without granting an additional term.

¹⁵⁸⁵ In the event of customer sale, any unreasonable inconvenience caused to the purchaser by the repair or substitution of goods is also deemed to be a fundamental breach of the contract by the seller (§ 223(2) of the LOA). In both cases the buyer does not have to grant the seller an additional term to remedy the non-performance under § 114 of the LOA and may, inter alia, withdraw from the contract (§ 223(3) of the LOA).

¹⁵⁸⁶ See ch. 3.2.4 for *de lege ferenda* suggested by the author.

¹⁵⁸⁷ See also ch. 3.2.2.

¹⁵⁸⁸ Cf. CISG art 45, art 49 and art 79; PECL art 8:101(2) and art 9:301; PICC art 7.1.7(4), art 7.3.1, art 7.4.1; § 276, § 280 and § 323 of the BGB.

¹⁵⁸⁹ See also ch. 2.6.

term for performance granted pursuant to § 114 of the LOA expires ((§ 118(1) p 2) of the LOA).¹⁵⁹⁰

The author notes that of § 118 of the LOA is unfounded in the part where the creditor (buyer) loses the right to withdraw from the contract if the debtor's (seller's) non-performance consists in failure to perform.¹⁵⁹¹ None of the provisions (CISG art 49 (2) lit a) and b) i; PECL art 9:303 (2); PICC art 7.3.2 (2)) on which § 118 of the LOA is based prescribes such a regulation. All such regulations restrict the time available to withdraw from a contract only in cases of improper (non-conforming) performance or delayed offer of performance. In the case of failure to perform, the right to withdraw from a contract is not restricted by the 'reasonable period of time' criterion. The author finds it highly questionable that the legal reasoning that has provided grounds for the LOA, differs so greatly from the provisions on which it is based. An explanation can be neither be found in the explanatory memorandum to the legislative act, nor in legal literature. The author finds that if the debtor fails to perform, the debtor (seller) has no legitimate expectation that the contract remains in force. In other words, the debtor cannot assume that the creditor wishes to be forever tied to a debtor who is not able to fulfill his obligations or does not wish to do so. A regulation whereby the creditor loses the right to withdraw from the contract if the debtor fails to perform could produce undesirable consequences. For example, a buyer who has paid the purchase price to the seller in advance could lose the right to require the advance payment to be returned. Such a result is unreasonable. There are no sensible reasons why the right to withdraw from a contract should also be restricted by a reasonable period of time if the debtor fails to perform. The author suggests that the regulation of § 118 of the LOA be supplemented *de lege ferenda* as follows:

„If the debtor fails to perform, the term specified in section 1 starts to run as of the performance by the creditor or after the creditor becomes or should have become aware of the offer to perform.“

4.3.2.3 Conditional reciprocity and continuity of an obligation of counter-performance

The above digression into the objectives, significance, and prerequisites for assertion of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract confirms that a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract have considerably different functions, scopes of application and conditions for assertion. This has furthermore clarified that the interpretation of the Supreme Court that claiming for damages in lieu of full performance includes withdrawal from a contract cannot be justified. These are two separate remedies with different objectives that pursue different interests.

¹⁵⁹⁰ However, claims which arise as a result of withdrawal, in particular, claims for restitution and compensation for the value are subject to expiry § 189 et seq. of the LOA.

¹⁵⁹¹ E.g. the seller does not hand over the goods to the buyer or does not enable the buyer to take ownership of the goods. For the definition of failure to perform see ch. 2.1.

Relevant considerations for when the creditor's obligation of counter-performance ceases to exist in the BGB (a basis of the LOA) were analyzed in chapter 4.3.1. The regulation of the BGB and the opinions in German legal literature provide important background information and an overview of arguments relevant to the LOA. A full analysis of applying such knowledge and dogmatic viewpoints in the context of the LOA is analyzed next. The author seeks to answer the question of whether the termination of the creditor's obligation of counter-performance may be justified based on other considerations when it cannot be justified with withdrawal from contract.

The primary source of interpretation for a legal provision is its text. If one were to analyze terminology of § 115 of the LOA, he would not conclude that claiming damages in lieu of performance entails the termination of the creditor's obligation of counter-performance. Nor would he assume a damages claim may also include withdrawal from the contract (as held in the case law of the Supreme Court and in legal literature). From a linguistic-grammatical point of view, compensation for damage in lieu of performance means that as a result of a claim the creditor no longer wants the debtor to perform but instead to compensate for the damage. The regulation of § 115 of the LOA does not say anything about the creditor's obligation of counter-performance or its termination.¹⁵⁹² Furthermore, the provision does not contain any references that would allow a conclusion that the entire performance relationship ceases to exist when a damages in lieu of full performance are claimed. It certainly does not follow from the law that claiming for damages in lieu of (full) performance requires withdrawal from a contract.¹⁵⁹³

German legal literature states that the buyer's obligation of counter-performance is to be deemed to have ceased to exist due to conditional reciprocity; however this is not the case in the context of the LOA.¹⁵⁹⁴ Namely, the first section of § 109 of the LOA that can be considered an analogue of § 326 of the BGB provides: "*In the case of a mutual contract, the non-performing party may require the other party to perform its obligations even if performance by the non-performing party cannot be required for reasons specified in subsection 108 (2) of this Act and if the reason arises due to circumstances dependent on the other party or if the reason arises at the time when the other party delays acceptance.*" Consequently, § 109 of the LOA is fundamentally different from § 326 of the BGB as it gives the debtor a right to require performance from the creditor "*even if*" the circumstances specified in § 108(2) of the LOA exist.¹⁵⁹⁵ This means that the termination of the debtor's performance obligation does not

¹⁵⁹² Cf. § 281 of the BGB.

¹⁵⁹³ See ch. 5.2.2 for the buyer's right to claim compensation for the difference in price without withdrawing from a contract.

¹⁵⁹⁴ See ch. 4.3.1 and § 326 of the BGB.

¹⁵⁹⁵ § 108(2) of the LOA states the following: (2) *In the case of non-performance by an obligor of an obligation other than one to pay money, the obligee may require performance of the obligation. Performance of the obligation shall not be required if:*

- 1) performance is impossible;*
- 2) performance is unreasonably burdensome or expensive for the obligor;*
- 3) the obligee may reasonably achieve the desired result of the performance in another manner;*
- 4) performance involves provision of services of a personal nature.*

include the termination of the creditor's obligation of counter-performance. Therefore, the primary legal argument as to why the termination of the debtor's performance obligation should entail the termination of the creditor's obligation of counter-performance fails in the context of the LOA. Thus it may be concluded that the practice of the Supreme Court lacks legal dogmatic basis and it cannot be considered correct.

The author also finds no substantive need for an interpretation that the termination of the debtor's (seller's) obligation entails the termination of the creditor's (buyer's) obligation of counter-performance. If the creditor wants to be relieved of the obligation of counter-performance he can easily achieve it by withdrawing from the contract. In practice, withdrawal from a contract should be the only remedy in the LOA through which the creditor can achieve restitution. The concept that allows a contractual performance relationship to be terminated in full and transformed into a restitution relationship only through withdrawal from a contract, aligns with internationally recognised principles of contract law (CISG, PECL and PICC). Therefore, an interpretation that ties a claim for damages in lieu of (full) performance to the consequences of withdrawing from a contract is unnecessary and incorrect. It only creates ambiguity and confusion and diminishes legal certainty.

The fact that speaks against the automatic termination of the creditor's obligation of counter-performance is that a claim for damages in lieu of performance constitutes a general remedy under the LOA that extends to all obligations (e.g. unjust enrichment, restitution and reclamation obligations, etc.). Several of these obligations do not permit withdrawal (e.g. unjust enrichment, vindication claim or claim to return, restitution obligation, etc.) which is why the Supreme Court's argument that filing a claim entails withdrawal from a contract is in conflict with the nature of different obligations and is therefore unsubstantiated in legal theory.

The possibility for the survival of the creditor's obligation of counter-performance is necessary and may be in his own best interests. This is particularly the case if the creditor is interested in fulfilling his obligations, despite the termination of the debtor's performance (e.g. exchange contracts or those which the creditor has a non-monetary obligation of counter-performance.) Such an interest may also exist in the context of various restitution or reclamation claims (e.g. unjust enrichment, contractual restitution obligations, etc.) if the creditor wishes to discard that which he is to deliver. Considering the variety and complexity of economic transactions today, the creditor may have an interest to perform his obligation of counter-performance (e.g. buying a car with a non-monetary contribution, etc.). In practice, it may be said that continuity of an obligation of counter-performance conforms much more precisely to the purpose of compensation for damage specified in § 127(1) of the LOA which is to place the creditor in a situation as near as possible to that in which he would have been if the debtor had properly performed. Overall, the position of the Supreme Court and legal literature that a claim for damages in lieu of full performance entails the consequences of withdrawing from a contract cannot be deemed correct. Such an interpretation has no basis in the text of the law, systematics of the regulation of remedies or legal theory.

4.3.2.4 Differences in the consequences of the remedies

Since the fourth chapter of the dissertation focuses entirely on the consequences of claiming damages in lieu of performance, the following analysis focuses on withdrawal from a contract and brings a comparison with a claim for damages in lieu of performance on the basis thereof. Withdrawal from a contract has two main consequences. First, withdrawal from a contract terminates the parties' reciprocal claims for performance and performance obligations relating to these. So the first consequence of withdrawal is that the performance relationship between the parties completely ceases to exist and is transformed into a restitution or liquidation relationship. A claim for damages in lieu of performance only terminates the debtor's (seller's) performance obligation, thus creating an obligation to compensate for damage. The creditor's (buyer's) obligation of counter-performance is not affected.¹⁵⁹⁶ The second important consequence of withdrawal is that the parties will have an obligation to return in kind that which they received (§ 189(1) of the LOA). The parties' obligation to return or surrender may also consist in the obligation to compensate for the value, if returning in kind is impossible. No such reciprocal obligation arises upon claiming damages in lieu of performance and the creditor (buyer) has to return to the debtor (seller) that which he received in the part in which he has claimed damages in lieu of performance (see ch. 4.4). Third, unlike a claim for damages in lieu of performance, the creditor's restitution claims arising from withdrawal from a contract are not automatically guaranteed to have the securities set up to ensure performance. In case of a dispute, it should be presumed that the initial securities relating to performance do not extend to the debtor's restitution obligations.

4.4 Obligation to return that which was received from the debtor as a result of performance

Pursuant to the second sentence of § 115(4) of the LOA, if the creditor (buyer) claims damages in lieu of full performance upon *partial performance*, the creditor has to return that which was delivered as partial performance pursuant to §§ 189-191 of the LOA. The regulation is based on the idea that the creditor, who has waived the debtor's performance, should not end up in a better situation as a result of claiming damages than he would have been in if the debtor had properly performed. If the creditor did not have the obligation to return that which he received, the debtor would have to perform (partially) twice: in the delivered part, the creditor would receive performance as well as compensation for damage.

The author finds that the regulation of § 115(4) of the LOA is insufficient. Pursuant to the second sentence of § 115(4), the debtor (seller) is entitled to reclamation of that which was delivered *only if he performed partially* and the creditor (buyer) claims damages in lieu of full performance. This regulation does not cover situations where the creditor files a claim due to improper (non-conforming) performance or breach

¹⁵⁹⁶ See ch 4.3.2.1 - 4.3.2.3.

of an accessory obligation. Therefore, the regulation is to be deemed incomplete. In other words, the debtor should be guaranteed the right to reclaim that which was delivered, regardless of which obligation has been breached and to what extent. The author proposes the following *de lege ferenda* amendment to § 115(4) of the LOA:¹⁵⁹⁷

“If an obligation is divisible and the debtor performs the obligation in part, the creditor may claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. If the debtor has performed improperly, the creditor may not claim damages in lieu of full performance if the non-performance is insignificant. If the debtor breaches an obligation other than an obligation to perform, the creditor may claim damages in lieu of performance only if it cannot reasonably be expected that the debtor performs the obligation in the future. The provisions of sentences 1 and 2 apply to the creditor’s right to claim damages in lieu of full performance. Upon claiming damages in lieu of performance the creditor shall return to the debtor that which was delivered based on §§ 189–191 in corresponding parts.”

4.5 Other important consequences

The seller’s (debtor’s) accessory obligations relating to performance cease to exist at the time the buyer (creditor) claims damages in lieu of full performance. Since such accessory obligations are so closely tied to principal obligations, they become devoid of substance after the termination of principal obligations (e.g. handing over documents of goods, providing training on how to use the goods, etc.¹⁵⁹⁸). However, obligations of the seller which were created before the buyer asserted a claim (e.g. contractual penalty and obligation to compensate for damage) do not cease to exist. Such claims are definitive and the termination of the performance relationship does not affect them. Obligations which are not restricted by time (e.g. obligation to maintain confidentiality, agreement on jurisdiction, etc.) cannot cease to exist. However, the buyer’s right to calculate contractual penalty on the delay of performance ceases to exist; if the performance obligation has ceased to exist there can be no delay on the part of the seller in the future. Securities (e.g. right of security, assignment of collateral, surety, etc.) of the buyer’s claim of performance remain in force and continue to secure the buyer’s claim for damages. The value of securities becomes evident, particularly, in situations where the debtor (seller) does not fulfill his obligations and the creditor (buyer) is forced to claim damages in lieu of performance.

4.6 *Ius variandi* of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract

In legal theory, the creditor’s right to choose between different remedies is known as *ius variandi*. Generally, *ius variandi* also covers the issues of whether and under

¹⁵⁹⁷ The first three sentences of were already proposed *de lege ferenda* above (see ch. 3.2.4 and ch 3.3.2).

¹⁵⁹⁸ See ch. 3.3.1 for accessory obligations.

which conditions the creditor has a right to revise and/or change the chosen remedy. A general principle of accumulation of remedies is set out in § 101(2) of the LOA; in the case of non-performance, the creditor may resort to any combination of remedies, individually or collectively, which arise from law or the contract. These remedies can be invoked simultaneously unless otherwise provided by law or the contract. This also means that withdrawal from the contract does not deprive the creditor (the buyer) from the right to claim compensation for the damage caused by the debtor (the seller).¹⁵⁹⁹ The law does not contain a regulation specifying whether and under what conditions the creditor may change the selected remedy or its extent. Next, the buyer's (creditor's) *ius variandi* right is analyzed in the context of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract.

Both the right to withdraw from a contract and to claim damages in lieu of performance usually require that the additional term granted to the seller to remedy the non-performance has unsuccessfully expired.¹⁶⁰⁰ The view that the principle of unilateral irrevocability extends to on withdrawal from a contract as a formative right is widely accepted (§ 72 of the GPCCA). Based on that prevailing view, the general understanding is that the effect of withdrawal from a contract is to restrict the buyer (creditor) from resorting to remedies which require the existence of a performance relationship. So, for example, the buyer should not be able to claim compensation for the repair costs upon withdrawing from the contract, because it dogmatically conflicts with the purpose and effects of withdrawing from a contract.

In German law the principle of irrevocability of formative rights has been heavily criticised; it is held that it is a dogma which in most cases has no real substantive justification. Thus, it is found that if the debtor denies non-performance and contests the lawfulness of withdrawal from the contract, the debtor does not deserve the protection relating to the performance of formative rights. At that time the creditor may, if he wishes, waive withdrawal from the contract and claim damages instead. The author notes here that the debtor deserves the protection of legal certainty only if the debtor has a special interest in the continuation of a restitution relationship that arose as a result of withdrawal, and is otherwise worthy of protection. If the seller does not have such special interest, the shift from withdrawal to a damages claim should not be restricted. The debtor can have such an interest that is worthy of protection only in limited cases, for instance, when the seller has agreed to withdrawal from the contract or has already performed restitution obligations or a court judgment has been made in this respect. Otherwise the debtor does not usually have such an interest that deserves special protection. This is understandable because a debtor who does not recognise withdrawal and does not adjust his activities accordingly cannot argue that he has legal certainty with respect to the withdrawal. In raising such an objection, the debtor would go against the principle of *venire contra factum proprium* prohibition.

The author asserts that the right to change remedies should also be recognised under Estonian law. In most cases, this would not be in conflict with the interests of

¹⁵⁹⁹ Withdrawal from the contract does not deprive the creditor from the right to claim damages driven by positive interest. See ch. 4.3.2.1.

¹⁶⁰⁰ See also ch. 5.2.1.

the parties that need protection. On the contrary, it may be in the debtor's (seller's) interests; for example, if upon replacing withdrawal from a contract with a claim to remedy non-conformities, the seller would still have a chance to receive at least part of the benefit (purchase price) expected under the contract. However, upon withdrawal from a contract the seller's right to the purchase price ceases to exist completely.

It is questionable whether the buyer can change the extent of the claim after claiming damages in lieu of performance. A general view should be taken that if the buyer first claims damages in lieu of performance in part (e.g. compensation for the repair costs), he should not be restricted from later deciding to claim damages in lieu of full performance. Furthermore, in such a case, the buyer should have a right to withdraw from the contract provided that the right to withdraw exists. Similarly, if the buyer claims damages in lieu of full performance, the buyer should have the possibility to go back to the claim for damages in lieu of partial performance, e.g. waive the claim for compensation for the difference in price and not go beyond the claim for compensation of repair costs. Likewise, claiming damages in lieu of full performance should not restrict the buyer's right to withdraw from the contract. Similarly to withdrawal from a contract, changing the extent of a claim for damages and switching from a claim for damages to withdrawal from the contract should only be restricted if, under exceptional circumstances, the seller has an interest in the remedy used or in its extent which deserves special protection. For example, if the seller has paid the compensation, the parties have reached an agreement on the compensation, or a court judgment has ordered the payment of compensation. Otherwise the seller usually has no interest which is worthy of protection. Upon combining remedies, the buyer is not allowed to abuse his rights and therefore, his rights are restricted due to the general principle of good faith.

5. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM COMPENSATION FOR THE DIFFERENCE IN PRICE

A claim to compensate for the difference in price is a typical situation where the buyer has waived the seller's performance and wants to achieve the positive interest pursued by the contract through compensation for damage. This chapter analyzes under what conditions the buyer may claim compensation for the difference in price.¹⁶⁰¹ This chapter also seeks to answer whether, in addition to the provision of § 135 of the LOA, the buyer may claim compensation for the difference in price based on the general provisions of compensation for damage. Among other issues, it is discussed whether and under what conditions, the buyer may claim compensation for the difference in price without withdrawing from the contract. The last chapter of the dissertation is largely inspired by the case law of the Supreme Court on which the following case example is based.¹⁶⁰²

Case: B and S enter into a contract for the sale of immovable property with the purchase price of 0.9 million EUR. B2 finds out about the transaction. B2 has a right of preemption with respect to that immovable property. Since the price is considerably lower than market price (1.5 million EUR) for this transaction, B2 decides to use the right of preemption. S does not voluntarily perform the contract of sale with B2 and B2 files an action to require performance. The court does not uphold the action of B2 because the right of preemption only has effect under the law of obligations. Since B has become the lawful owner of the immovable property, it is impossible for S to fulfill his obligations to B2 (§ 108(2)1) of the LOA). B2 does not withdraw from the contract of sale within reasonable time, and therefore loses the right to withdraw from the contract (§ 118(1) of the LOA).¹⁶⁰³ B2 files a claim against S for compensation for the difference in price 0.6 million EUR. The Supreme Court does not uphold the claim of B2 on the grounds that since B2 did not withdraw from the contract on time (§ 118(1) of the LOA) he does not have a right to claim compensation for the difference in price. So, according to the Supreme Court, the buyer may claim compensation for the difference in price only under § 135 of the LOA. This, however, requires the buyer to have previously withdrawn from the contract. The following sections explore whether the dismissal of B2's claim was justified.

¹⁶⁰¹ The regulation of compensation for the difference in price covers a large amount of complex issues. The following analysis is restricted to the object of the dissertation and an answer is sought, in particular, to the question under what conditions the buyer may claim compensation for the difference in price and how does the claim relate to withdrawal from a contract.

¹⁶⁰² The case example is based on judgments No. 3-2-1-165-09 and No. 3-2-1-63-12 of the Supreme Court.

¹⁶⁰³ See ch 4.3.2.2.

5.1 Claim for compensation for the difference in price under § 135 of the LOA

5.1.1 Purpose of the regulation

§ 135 of the LOA sets forth that the creditor may, upon withdrawal from the contract, require the debtor to compensate for the difference in price and calculate damage either concretely or abstractly (respectively § 135(1) and § 135(2) of the LOA).¹⁶⁰⁴ It is found in legal literature that the purpose of the regulation is to simplify the assertion of the creditor's claim for damages as well as calculation and proof of damage. § 135(2) of the LOA ensures that the creditor has a possibility to file a claim for minimum damages to which he is entitled, because he entered into a contract under more favorable conditions than general market conditions. The right to abstract calculation of damage (§ 135(2) of the LOA) is based on the idea that every creditor has a right (and possibility) to make a substitute transaction under market conditions. The mere fact that a creditor does not do so for whatever reason should not relieve the debtor of the obligation to compensate for damage. In other words, if the creditor does not make a substitute transaction, the creditor (buyer) has still suffered damage that is subject to compensation. The right to calculate damage abstractly ensures that the creditor does not have to prove damage that actually has occurred, or disclose confidential information on which the calculation of damage is based. The possibility to calculate damage abstractly is also important in cases where the creditor (buyer) has made a substitute transaction, but the right to claim compensation for the difference in price under § 135(1) of the LOA is for some reason non-existent.¹⁶⁰⁵

5.1.2 Right to calculate compensation for the difference in price under § 135(1) of the LOA

Claiming for compensation for the difference in price requires that the general prerequisites for claiming damages are met. In addition, a claiming compensation for the difference in price requires that:

1. the buyer has validly withdrawn from the contract;
2. after withdrawing from the contract, the buyer has concluded a substitute transaction within a reasonable time and in a reasonable manner with which he achieved the same purpose that was to be achieved under the contract.

Withdrawal from a contract as the aim of the precondition applying § 135(1) of the LOA. In legal literature concerning the CISG it is noted that the prerequisite of prior withdrawal from a contract is based on an understanding that a buyer making a substitute transaction means he no longer wants the seller to perform. This is why, for the seller, claiming compensation for the difference in price is similar to withdrawing from a contract: by claiming damages in lieu of a performance of a principal

¹⁶⁰⁴ The model provisions for the regulation are CISG art 75, PECL art 9:506 and PICC art 7.4.5.

¹⁶⁰⁵ See ch 5.1.2.

obligation, the buyer waives the seller's natural performance and wishes to achieve the performance interest through compensation for damage. Therefore, the right to claim compensation for the difference in price should only exist if the buyer also has a right to withdraw from the contract. If it were allowed to offset price differences based on a substitute transaction without prior withdrawal from a contract, higher criteria meant for withdrawal from a contract and the purpose it pursues (in particular, ensuring that the contract remains in force) would become futile. This means that claiming compensation for the difference in price presupposes that the buyer has a right to waive the seller's performance. The buyer may only achieve this right through withdrawal from contract, which releases him from being tied to the seller's performance.¹⁶⁰⁶ Thus, withdrawal assures the buyer freedom of disposition and the right to act freely in the future. The author finds that the purpose of the precondition for withdrawal from a contract set out in § 135 of the LOA can be substantiated based on the above considerations.

§ 116(1) of the LOA provides that the creditor (buyer) may withdraw from the contract if the debtor has fundamentally breached his obligations. § 116(2) of the LOA provides an indicative list for determining when a debtor is deemed to have fundamentally breached his obligations.¹⁶⁰⁷ Here it is important to emphasise that the definition of a fundamental breach of a contract under the LOA is quite different from the definition in the CISG, PECL or PICC. Under those regulations, the buyer may withdraw from the contract due to the seller's improper (non-conforming) performance only if the non-performance is (substantively) fundamental. This means, *inter alia*, that expiry of the additional term granted to the seller to remedy non-conformities does not automatically render the non-performance fundamental. However, § 116(2)5) of the LOA provides that the creditor (buyer) may withdraw from the contract if the debtor (seller) fails to perform *any obligation within the additional term*. Since the LOA follows the principle of a uniform non-performance and in exercising remedies it is not relevant which obligation the debtor (seller) breaches, the creditor (buyer) has the right to withdraw from contract regardless of whether the breached obligation

¹⁶⁰⁶ See also ch 4.3.2.4.

¹⁶⁰⁷ § 116(2) of the LOA is as follows: *A breach of contract is fundamental in particular if:*

- 1) *non-performance of an obligation substantially deprives the injured party of what the party was entitled to expect under the contract, except in cases where the other party did not foresee such consequences of the non-performance and a reasonable person of the same kind as the other party could not have foreseen such consequences under the same circumstances;*
- 2) *pursuant to the contract, strict compliance with the obligation which has not been performed is the precondition for the other party's continued interest in the performance of the contract;*
- 3) *non-performance of an obligation was intentional or due to gross negligence;*
- 4) *non-performance of an obligation gives the injured party reasonable reason to believe that the other party will not perform his obligations in the future either;*
- 5) *the other party fails to perform any obligation within the additional term granted for the performance specified in § 114 of this Act or declares that it shall not perform the obligation within this term.*

The regulation of contracts of sale specifies an additional basis in § 223 of the LOA for when the seller's non-performance is deemed fundamental and the buyer may withdraw from the contract. See, to that effect, ch. 3.2.2.

was a principal or accessory obligation. § 116(2)5) of the LOA also puts forth that it is not relevant whether the non-performance is fundamental, immaterial or even marginal. This explains how the starting point for the definition of a fundamental non-performance in the LOA is considerably different from the provisions it is based on. This also means that the purpose of the institute of the additional term under the LOA and the CISG, PECL and PICC is not exactly the same.¹⁶⁰⁸

The author finds that § 116(2)5) of the LOA, which allows the creditor (buyer) to withdraw from the contract if the debtor (the seller) fails to perform *any* obligation is unfounded.¹⁶⁰⁹ Such a regulation fails to take into account the need to balance the interests of the parties. The author proposes the regulation of § 116(2)5) of the LOA be amended *de lege ferenda* as follows:

“the other party fails to perform any obligation within the additional term granted for the performance specified in § 114 of this Act or declares that it shall not perform the obligation within this term. Withdrawal from a contract is not permitted if the non-performance is insignificant.”

Time and conditions for substitute transaction. The second prerequisite for claiming compensation for the difference in price when the buyer initiates a substitute transaction, is that the buyer has in fact made a substitute transaction. The buyer can only claim compensation for the difference in the price of such a substitute transaction and original transaction which the buyer concluded within reasonable time and in reasonable manner *after* withdrawing from the contract (§ 135(1) of the LOA). Consequently, the buyer cannot calculate compensation for the difference in price on the basis of a substitute transaction that was made before withdrawal from the contract. This applies irrespective of whether the buyer had a right to withdraw from the contract when making a substitute transaction or if he withdrew from the contract after making the substitute transaction. It is noted in legal literature that the purpose of prior withdrawal from a contract is to preclude the buyer from circumventing the higher standards set for withdrawal by claiming costs of a substitute transaction, thus having a possibility to be relieved of the performance relationship through alternative calculation of damage.¹⁶¹⁰ Another purpose of prior withdrawal from a contract is to restrict the buyer’s ability to speculate on the effects of changing market conditions.

The obligation to make a substitute transaction within reasonable time does not mean that the buyer has to make the substitute transaction immediately or without delay. It is based on a consideration that the buyer must have the possibility to choose the most favorable transaction based on market conditions. This also directly benefits the seller. The length of a reasonable time usually depends on the circumstances of each case: the essence and purpose of the contract should be taken into account and, if possible, practice in the respective field of activity, the nature and availability of the

¹⁶⁰⁸ For the purpose of the institute of the additional term see ch 1.2.

¹⁶⁰⁹ Cf. also ch. 3.2.4.

¹⁶¹⁰ See also the above discussion on the purpose of the precondition of withdrawal from a contract for applying § 135(1) of the LOA.

goods (incl. the need to find a substitute performer from abroad) as well as the general market situation (e.g. undersupply). A substitute transaction is made if a relevant contract is entered into. Therefore, it is not relevant when the reciprocal obligations arising from the substitute transaction are performed.

The substitute transaction must be concluded in a reasonable manner and pursue the same purpose as the original contract. This means that the substitute transaction should be made under conditions that are as equal and similar as possible to the original contract. The terms and conditions do not have to be identical. Rather, it is important that the result of the substitute transaction is able to be considered a reasonable substitute for the withdrawn contract. Depending on the specific transaction and circumstances of each case, a substitute transaction that exceeds the market price may also be considered reasonable if it does not exceed general market conditions. If the substitute transaction does not conform to the requirements of § 135(1) of the LOA (reasonable time and manner), the buyer cannot calculate compensation for the difference in price (damages) under § 135(1) of the LOA based on such a substitute transaction. This does not, usually, restrict the buyer's right to calculate damage abstractly (§ 135(2) of the LOA).¹⁶¹¹

Consequences. In legal literature, a claim for compensation for the difference in price for a substitute transaction is called minimum damage, to which the buyer is entitled at any event. This means that, based on the general provisions of compensation for damage, the buyer may, in addition to compensation for the difference in price, also claim compensation for other damage suffered (§ 135(3) of the LOA). Such typical damages are the costs borne on ascertaining the non-conformity of goods as well as, costs for storage and preservation and returning of the goods. Usual and reasonable broker fees or transport costs borne due to the substitute transaction are also subject to compensation. Since § 135(3) of the LOA does not restrict a claim for loss of profit, the buyer may also claim compensation for that.

5.1.3 Right to calculate compensation for the difference in price under § 135(2) of the LOA

Pursuant to § 135(2) of the LOA if an injured party withdraws from a contract, the party may claim for the difference between the contractual price and the current market price of the contractual obligation of the non-conforming party at the time of withdrawal from the contract to be offset as compensation for damage if there is a market price for the object of the contractual obligation at the place of performance or at any other place which appears reasonable to take as a reference, even if the injured party does not perform a substitute transaction.

The purpose of abstractly calculated compensation for the difference in price is to place the buyer in an economic situation in which the buyer would have been if he had made the hypothetical substitute transaction and profited from it.¹⁶¹² The

¹⁶¹¹ See ch. 5.1.3.

¹⁶¹² The example provisions for the regulation of § 135(2) of the LOA are CISG art 76; PECL art 9:507 and PICC art 7.4.6.

buyer's right to calculate damage abstractly has significance mostly in cases where calculating a claim for compensation for the difference in price is, for some reason, precluded based on the specific substitute transaction.¹⁶¹³ The specific prerequisites for the buyer's abstractly calculated claim for compensation for the difference in price are the following:

1. the buyer has validly withdrawn from the contract;
2. there is a market price for the object of the contractual obligation at the place of performance or at any other place which appears reasonable to take as a reference;

The requirement of prior withdrawal from a contract is related to the purposes discussed in ch. 5.1.2.¹⁶¹⁴ The abstract calculation of the compensation for the difference in price requires a market price for the goods at the place of performance or in another place which appears reasonable to take as reference. Reliance on a market price is based on the idea that if there is a market price, the buyer can always make a specific substitute transaction at the market price and calculate damage based on the substitute transaction. The market price, based on which the buyer's compensation is determined, is the usual value of the goods or its average local selling price (§ 65 of the GPCCA). Usually, the market price of goods at the place of performance should be preferred, and the reasonable market price from another location should be taken as reference only if there is no market place at the place of performance or if it is unreasonably complex to prove it. It is noted in legal literature that a market price does not have to be officially set and it is possible to determine a market price even in the case of unlisted goods.

In determining a market price, its location is important but equally so is the time at which the market price is determined. The amount of compensation may depend on it. Timing is particularly important in the case of volatile markets (fuel, stock and other markets). Pursuant to § 135(2) of the LOA, the time of withdrawal from a contract must be taken as the point of reference in determining compensation. The author considers the solution of the LOA justified and with several associated advantages. Most importantly, calculating the price difference at the time of withdrawal from a contract is the most accurate way to take into account the damage caused by the seller's failure to perform as well as the potential cost of the substitute transaction. This is because the buyer can make a specific substitute transaction on the basis of the market price conditions only at the time of withdrawal to achieve the positive interest pursued by the contract. Of course, this solution does not completely rule out the potential for the buyer to abuse his rights. For example, the buyer may stall the creation of a right to withdraw by granting an additional term for remedying the non-performance at the time convenient for him (cf. § 116(2)5 of the LOA and § 114). After the right to withdraw has arisen, the buyer may then freely choose when to submit a notice of withdrawal (within a reasonable time under § 118(1) of the LOA).

¹⁶¹³ See ch 5.1.2.

¹⁶¹⁴ Withdrawal from a contract assures the buyer freedom of disposition and the right to act freely in the future.

The main effect of the buyer's claim for compensation using the abstractly-calculated difference in price is that the buyer may request a payment of the difference between the contractual purchase price and the market price of the goods. Since § 135(2) of the LOA only specifies the buyer's minimum damage, the buyer may also require the seller to compensate for other damage to the extent it is in compliance with the general principles of compensation for damage.¹⁶¹⁵ In general, the buyer's right to claim compensation for the loss of profit should also be recognised because it is not in conflict with the purpose of the regulation - to simplify the assertion of the buyer's claim for minimum damage. However, in limited cases a claim for the loss of profit may still be precluded if the buyer could have avoided the occurrence damage by making a substitute transaction on time (e.g. by purchasing, in a timely manner, substitute goods at the market price and transferring the goods for profit).

5.1.4 Competition between section 1 and section 2 of § 135 of the LOA

Pursuant to § 135(2) of the LOA, the creditor (buyer) has a right to calculate damage abstractly *even if* the injured party does not perform a substitute transaction. This means that the buyer is entitled to calculate damage abstractly, regardless of whether or not he has actually made a substitute transaction pursuant to § 135(1) of the LOA. The author finds this aspect of the LOA questionable. None of the regulations on which § 135 of the LOA is based (the CISG, PECL and PICC) provides for such a possibility. In all of those regulations, a calculation of damage that is based on a specific substitute transaction prevails over an abstractly calculated claim. The author finds that the LOA's solution is significantly flawed. The possibility to calculate damage abstractly also in the case of a specific substitute transaction allows the buyer to manipulate the seller and profit off of him. *Example:* S sells goods to B at the price of 100,000 EUR. The actual market price of the goods is 120,000 EUR. Since S does not perform the contract within the additional term, B decides to withdraw from the contract and claim compensation for the difference in the purchase price and market price (§ 135(2) of the LOA) as damages in the amount of 20,000 EUR. B actually manages to obtain the goods via a substitute transaction at a lower price than the market price (110,000 EUR). However, B still wishes to calculate damage abstractly and get 20,000 EUR as compensation from S. The right to calculate damage abstractly is excluded in the referenced regulations for the exact reason of avoiding such abuses upon making substitute transactions. The author recommends serious thought should be given to amending § 135(2) of the LOA to permit the creditor right to abstract calculation of the compensation for the difference in price only if it is not possible to calculate damage based on a substitute transaction.

¹⁶¹⁵ See also ch. 5.1.2.

5.2 Right to calculate compensation for the difference in price under § 127 of the LOA

While previous analysis focused on the methods to calculate compensation for the difference in price under § 135 of the LOA, the following analysis targets the buyer's right to calculate compensation for the difference in price based on the general provisions of compensation for damage (§ 127 of the LOA). First, the author analyses the buyer's right to calculate compensation for the difference in price when he has previously withdrawn from a contract. The author then tackles if, and under what conditions, the buyer has a right to claim compensation for the difference in price without withdrawing from a contract.

5.2.1 The buyer's right to claim compensation for the difference in price upon withdrawal from a contract

Regulation § 135 of the LOA is based on articles 75 and 76 of the CISG. According to literature on the CISG, the special regulation of compensation for the difference in price does not exclude the buyer's right to calculate compensation based on general provisions of compensation for damage (art. 74 of the CISG). It is noted that the purpose of the regulation of compensation for the difference in price is merely to make it easier for the creditor (buyer) to calculate and prove damages. This does not restrict the right to calculate damage based on the general provisions. Therefore, the provisions of calculating the difference in price merely supplement the possibilities of calculation of damage. The author finds that § 135 of the LOA has a similar purpose; the aim of the regulation is to make it easier for the creditor (buyer) to assert a claim for minimum damage. This means that if the buyer makes a substitute transaction which does not comply with the requirements of §135(1) of the LOA, it does not relieve the seller of liability. An example of this would be if the substitute transaction is concluded after the expiry of reasonable time but is, in reality, below market price. It also does not exclude the buyer's right to concretely calculate compensation for the difference in price. In that case, the buyer may calculate compensation for the difference in price based on the general provisions of damage (§ 127 of the LOA). However, the principles of simplified calculation and proof of compensation guaranteed by § 135 of the LOA do not extend to such a claim; the buyer must prove the suffered damage.

It is unclear whether the creditor (buyer) is allowed to calculate compensation for the difference in price based on a substitute transaction that was made prior to withdrawal from the contract (e.g. before the unsuccessful expiry of the additional term). As mentioned above, § 135 of the LOA does not allow calculation of damage in such a case. It is doubtful whether the buyer's claim for damages should also be dismissed if he actually had a right to withdraw from the contract when making a substitute transaction, or if he withdrew from the contract after making the transaction. In the context of the LOA, the interpretation to be taken as a point of reference is that the buyer can claim compensation for damage suffered due to a substitute transaction only if he has validly withdrawn from the contract. This means that the buyer cannot

claim reimbursement of the costs of an early substitute transaction. The interpretation that in the case of an early substitute transaction, the damage suffered by the buyer is caused by the buyer (not the seller) should be accepted. The buyer cannot justify the claim retrospectively because the assessment whether the filing of the claim is justified (or withdrawal from a contract) would be made *ex ante*. The findings of authors who argue that the specific costs of an early substitute transaction are not subject to reimbursement does not preclude the buyer's right to calculate damage abstractly must be accepted. Because an early substitute transaction is deemed irrelevant and therefore cannot be taken into account when calculating damage. Hence the buyer may claim compensation for the difference in price upon withdrawal from the contract based on § 135(2) of the LOA and calculate damage abstractly.

5.2.2 Right to claim compensation for the difference in price without withdrawing from a contract

It may be argued based on the example case described in the introduction to the fifth chapter that the current practice of the Supreme Court does not allow the buyer to claim compensation for the difference in price if the buyer has not first withdrawn from the contract. However, such practice is questionable given that: 1) § 135 of the LOA does not restrict compensation for the difference in price but merely simplifies the assertion of a claim; 2) calculation of a claim for damages based on § 127 of the LOA does not require prior withdrawal from the contract by the buyer; 3) a general principle of total reparation applies to the calculation of damage (§ 127 of the LOA). The issue of whether the buyer can claim compensation for the difference in price without withdrawing from the contract takes us back to the essence and consequences of a claim for damages in lieu of performance. It was established in ch. 4.1 that the main effect of a claim for damages in lieu of performance is that the buyer's claim of performance ceases to exist upon filing a claim, as does the seller's right (and obligation) to offer performance.¹⁶¹⁶ In other words, a claim for damages in lieu of performance regulates when the buyer is entitled to be relieved of being tied to the seller's performance and achieve the positive interest relating to performance through compensation for damage. This is how a claim for damages in lieu of performance is similar to withdrawal from a contract: as a result of using these remedies the buyer is relieved of being tied to the seller's performance, i.e. achieves freedom of disposition. This is the difference in principle between the LOA and the CISG, PECL and PICC. In the referenced those regulations, there is no separate regulation for a claim for damages in lieu of performance and the buyer has the possibility to be completely relieved of the seller's performance – i.e. achieve freedom of disposition – only through withdrawing from a contract. The foregoing inevitably raises the question of whether the buyer can, under the LOA, claim compensation for the difference in price without withdrawing from a contract.

¹⁶¹⁶ See ch. 4.1 and 4.2.

Since the regulation of § 115 of the LOA is based on the BGB, it is appropriate to look to German law for an answer. Under German law, claiming damages in lieu of performance does not require the creditor (buyer) to first withdraw from the contract, regardless of whether he claims damages in lieu of full performance or only restrictively. A claim for damages in lieu of performance constitutes an independent remedy the prerequisites for and effects of which have been exhaustively regulated. If the seller has failed to perform within the additional term, the buyer may claim damages in lieu of full performance (In German, „*grosser Schadensersatz*“, aka compensation for major damage). In the context of such a claim, the buyer is entitled to require the seller to compensate for the value of the goods (market price) or costs of a substitute transaction (§§ 249 et seq., §§ 280-281 of the BGB). The buyer may also claim compensation for the difference in price as damage. In addition, the buyer is, in principle, also entitled to claim damages in lieu of full performance if the seller's non-performance can be deemed improper (non-conforming).¹⁶¹⁷ In such a case, the buyer has to return to the seller what he received as a result of performance (i.e. the non-conforming goods (§ 281(5) of the BGB)). Therefore, under German law, the buyer may claim compensation from the seller for the difference in price without withdrawing from the contract.

Since the regulation of a claim for damages in lieu of performance in the LOA essentially duplicates relevant provisions of the BGB, the author finds that the foregoing arguments and logic can be expanded to the context of the LOA. Namely, since the buyer can be relieved of ties to the seller's performance and achieve freedom of disposition in the context of a claim for damages in lieu of performance, the buyer may claim compensation for the value of the goods or costs of the substitute transaction also in the context of a claim for damages in lieu of full performance. As mentioned above, German law does not require the buyer to first withdraw from the contract in order to compensate for the substitute transaction or offset price differences. Based on the LOA, by claiming damages in lieu of full performance the buyer can achieve a result similar to the result of claiming compensation for the difference in price. This means that the buyer does not have to withdraw from the contract in order to claim compensation for the difference in price. Among other things, the buyer can claim compensation for the difference in price even if his right to withdraw from the contract has ceased to exist under § 118(1) of the LOA.¹⁶¹⁸ Hence the case law of the Supreme Court that does not allow the buyer to claim compensation for the difference in price without having withdrawn from the contract is in conflict with the regulation of remedies and incorrect. In claiming damages in lieu of full performance, the rights of the buyer and the seller materialise as follows: the buyer's right

¹⁶¹⁷ Except if the seller's non-performance is immaterial (third sentence of § 281(1) of the BGB).

¹⁶¹⁸ § 118(1) of the LOA states the following: (1) *A party entitled to withdraw from a contract loses the right to withdraw from the contract if he does not make the declaration of withdrawal within a reasonable period of time after:*

1) *the party becomes or should have become aware of a fundamental breach of the contract;*
 2) *the additional term for performance granted pursuant to § 114 of this Act has expired.*

See also ch. 2.6 and ch 4.3.2.2.

to claim performance (and the seller's right to offer performance) ceases to exist;¹⁶¹⁹ the buyer's claim of performance is replaced by a claim for damages in the context of which the buyer may claim compensation for the value of the goods or costs of the substitute transaction.¹⁶²⁰ Since the buyer's obligation to pay the purchase price does not cease to exist,¹⁶²¹ he may offset the claim for damages with the obligation to pay the purchase price. The buyer's right to compensation for the difference in price is enforced as a result of offsetting. The author finds that the solution to the example case described in the introduction of the fifth chapter should be as follows.

In the described example S failed to perform his obligations to B2 because he had transferred the registered immovable to B. B2 filed an action against S claiming compensation for the difference in the purchase price under the contract and the market price (claim for compensation for the difference in price). The Supreme Court, not being bound by the legal arguments of B2 (§ 436(7) of the CCP), dismissed the claim of B2 on the grounds that B2 had not withdrawn from the contract within reasonable time in accordance with § 118(1) of the LOA.¹⁶²² The Supreme Court should have regarded the claim for compensation for the difference in price as B2's claim for damages in lieu of full performance (§ 115(1) and (2) of the LOA). Because B2 had not made a substitute transaction, his claim indicated that he wanted compensation for the value of S's performance (immovable property). The rights and obligations of the parties transformed as follows: S had to compensate B2 for the value of the registered immovable (market price) 1.5 million EUR which had taken the place of S's obligation *in natura*; B2 had to pay S the purchase of 0.9 million EUR. Since B2 required S to reimburse 0.6 million EUR, B2 had implicitly offset the reciprocal obligations when filing a claim (or deducted the saved costs based on § 127(5) of the LOA). As a result, B2 had a right to claim compensation for the difference in the purchase price under the contract of sale and the market price in the amount of 0.6 million EUR. Therefore, the Supreme Court was incorrect in dismissing the claim of B2.

Finally, it may be asked whether a buyer may also claim compensation for the difference in price in the context of a so-called regular (together with performance) claim for damages pursuant to § 115(1) and § 127 of the LOA. For example, in a situation where the prerequisites of a claim for damages in lieu of performance are not met. The author believes that, in the context of the LOA, this question should be answered in the negative. In a regular (together with performance) claim for damages the buyer will not have freedom of disposition and a right to refuse the seller's performance, he cannot require the seller to compensate for the difference in price. In other words, since the substantive consequence of a claim for compensation for the difference in price is that the buyer does not wish the seller to perform in kind, the claim for compensation for the difference in price transforms into a claim for damages in

¹⁶¹⁹ See ch. 4.1 and ch. 4.3.

¹⁶²⁰ See ch. 4.1, ch. 4.2, ch. 2.5 and ch 1.3.

¹⁶²¹ See ch. 4.3.

¹⁶²² See also ch. 4.3.2.2 that discusses the incompleteness of the regulation of § 118(1) of the LOA in a situation where the debtor's (the seller's) non-performance consists in failure to perform.

lieu of performance. The filing of a claim deprives the seller of the profit pursued by the contract, and he must compensate the buyer for the additional costs of a substitute transaction, which in most cases means compensating for the competitor's profit. In order to balance the interests of the parties and protect the seller (debtor) from such negative consequences, the legislature has prescribed that the buyer may, as a rule, claim damages in lieu of performance (incl. offsetting of price differences) only upon the unsuccessful expiry of the additional term (§ 115(2) of the LOA).¹⁶²³ In other words, if the buyer were to be allowed to claim compensation for the difference in price with a regular (together with performance) claim for damages, the tasks relating to the granting of an additional term, such as maintaining the contractual performance relationship, avoiding market speculations and abuses, and achieving marketing function, would not be achieved.¹⁶²⁴ Therefore, the buyer should not be able to circumvent prescribed standards for a claim for damages in lieu of performance by calculating damage in a different way. Specifically, the buyer only has a right to claim compensation for the difference in price if the buyer has achieved freedom of disposition, which requires that the additional term has unsuccessfully expired or the seller has fundamentally breached his obligations (§ 115(2)-(3) of the LOA).

¹⁶²³ See ch. 1.2 for the purpose of the obligation to grant an additional term.

¹⁶²⁴ See also ch. 1.2.

CONCLUSIONS

The most general purpose of the dissertation has been to analyze the purpose and nature of the regulation of a claim for damages in lieu of performance specified in § 115 of the LOA. It furthermore examined ways of pursuing these objectives, conditions for asserting a claim, as well as the content and consequences of a claim. The Supreme Court's interpretation that held that the consequence of claiming damages in lieu of full performance is withdrawal from a contract, led to further analysis of the similarities and connections between a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from contract. A claim for damages in lieu of performance is a general remedy of which the scope of application is not limited to contractual relations and rather encompasses a large amount of complex issues which cannot be solved within a single dissertation. Therefore, based on practical considerations, the author limited the scope of the thesis to buyers' claims arising from a contract of sale. Contracts of sale are undoubtedly the most common contracts in practice and therefore, they account for the most critical share of legal disputes, while also serving as a logical starting point for a theoretical discussion on claims for damages in lieu of performance.

The author put forward three hypotheses in writing the dissertation. The first hypothesis was that the purpose of the regulation, which allows the creditor to claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of the additional term (§ 115(2) of the LOA), is to strengthen the parties' ties to the performance relationship and protect the debtor from unjustified termination of the performance relationship by the creditor. The purpose of the regulation is to guarantee an additional possibility for the debtor to perform his obligation at his own cost and receive the entire benefit expected under the contract.

The second hypothesis of the dissertation was that claiming damages in lieu of performance by the buyer cannot be equated with withdrawal from a contract; it does not carry the consequences of withdrawing from a contract. The aim of the second hypothesis was to review the validity of the Supreme Court's interpretation claiming damages in lieu of the performance of a principal obligation is synonymous with withdrawal from a contract. One aspect of the hypothesis was the view that claims for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract are different remedies that have different purposes, conditions for assertion, scopes of application and effects.

The third hypothesis of the dissertation was that § 135 of the LOA is not an exclusive regulation based on which the buyer may calculate compensation for the difference in price. At the heart of the hypothesis was the statement that the buyer has a right to calculate compensation for the difference in price also in accordance with the general provisions governing compensation for damage (§ 127 of the LOA), and that a claim for compensation for the difference in price does not require the buyer to first withdraw from the contract.

The provisions of the LOA that govern claims for damages and legal remedies represent a combination of the BGB, CISG, PECL and PICC. This renders it inevitable that the provisions are often difficult to understand, and they also contain several shortcomings and inconsistencies that need to be amended. Such vagueness and

inconsistency of the provisions apply not only to the provisions governing compensation for damage but also to the entire regulation of legal remedies. This results in unwanted or even anomalous consequences.

In general, however, the approach of § 115 of the LOA pursuant to which the creditor may usually claim damages in lieu of performance only upon the expiry of the additional term granted for remedying the non-performance can be deemed justified. Such a regulation allows balancing the interests of the debtor and the creditor and restricts potential abuse.

The Supreme Court's practice of offering only short statements and no argumentation in many important theoretical and practical questions should be deemed questionable. Furthermore, in several fundamental issues the Supreme Court has either disregarded the law or interpreted it in a way that is in conflict with the regulation itself and the origins of the regulation. In such cases the Supreme Court often fails to put forward any legal or dogmatic arguments to substantiate its interpretation.

After analyzing the source materials and writing this dissertation, the author has reached the following conclusions.

1. Unlike the CISG, PECL and PICC, the LOA distinguishes, as does the BGB, between the creditor's right to claim damages together with performance and the creditor's right to claim damages in lieu of performance. Claim for damages in the LOA is a unique combination of the principles of the BGB and the CISG, PECL and PICC. On the one hand, the system of remedies in the LOA is based on the uniform concept of non-performance common to the CISG, PECL and PICC (remedy approach) without making a distinction between a violation of a principal obligation and an accessory obligation. Any non-performance, regardless of its type and reasons, provides grounds for a damages claim. On the other § 115 of the LOA distinguishes, like the BGB, between a claim for damages together with and in lieu of performance. While the creditor can base a damages claim together with performance on similar conditions as pursuant to the CISG, PECL and PICC, a claim for damages in lieu of performance can be asserted if higher requirements are met, usually only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted to remedy the non-performance (the first sentence of § 115(2) of the LOA). The requirement to grant an additional term relating to a claim for damages in lieu of performance logically pursues the following objectives:

- 1) The primary purpose of the additional term is to give the debtor an additional (a.k.a. final) chance to make a delayed performance or remedy the non-conformity of the performance in order to receive the entire benefit expected under the contract. In that way, the requirement of an additional term restricts the use of remedies which terminate the performance relationship and thus, limits the incurrence of restitution costs. It also ensures that the performance relationship is preserved in its initially agreed upon form.
- 2) The second purpose of the additional term is to reduce potential abuses related to market speculation by the creditor. Not just any breach should allow the creditor to be immediately discharged from the contract and to make a substitute transaction on more favorable terms due to fallen market prices.

- 3) Third, the unsuccessful expiry of the additional term makes it easier for the creditor to use remedies to terminate the performance relationship. It does so by ensuring the creditor has legal certainty that, upon the unsuccessful expiry of the term, he may waive the debtor's performance without taking the risk that it may later turn out to be unjustified (see § 116(2)5 of the LOA, the first sentence of § 115(2) of the LOA). In this way, the additional term also has an explanatory and warning function. The debtor has to take into account that upon the unsuccessful expiry of the term the creditor may waive the debtor's performance and refuse an offer to perform.
2. Usually, the creditor may claim damages in lieu of performance only upon the unsuccessful expiry of an additional term which is why it is important to distinguish between damages together with and in lieu of performance. Otherwise, the creditor risks dismissal of the action. In distinguishing between damages together with performance and in lieu of performance, the rule of thumb is that damages that the debtor could have prevented or avoided by remedying the non-performance when the claim was asserted must be deemed damage in lieu of performance. Therefore, if the damage occurred is final by the time the claim is asserted, and said damage is not preventable by the debtor, it is deemed damage together with performance. If the seller fails to perform, the buyer's claim for damages in lieu of performance typically consists of compensation for the market value of the goods, reimbursement of expenses related to a substitute transaction, or the difference in the purchase price of the goods and the market value. If the seller delivers goods that do not conform to the contract, the damage that can be claimed in lieu of performance is damage that the buyer has to suffer to remedy the non-conformity or quantitative deficiency of performance, as well as the difference in the value of conforming goods and the value of non-conforming goods.
3. The importance of delimiting damage which can be claimed together with and in lieu of performance lies in the fact that in claiming damages from the seller, which qualify as damages in lieu of performance, without granting an additional term, the buyer's claim must be dismissed. The buyer cannot require the seller to compensate for such damage or reimburse saved costs on any other legal grounds.
4. The labeling of damages together with and in lieu of performance as so-called *minor and major damage* by the legal literature should be deemed inadequate. The concepts "minor and major damage" are linguistically misleading and are based on incorrect domestication of German legal terminology. In Estonian law, it would be accurate to use concepts such as a claim for damages in lieu of performance, in lieu of full performance and together with performance. This would be much more accurate both substantively and linguistically.

Based on points 1–4, the first hypothesis of the thesis is supported. The purposes of the regulation (§ 115 of the LOA), are to strengthen the parties' ties to the performance relationship, protect the debtor from unjustified termination of the performance relationship by the creditor, and to allow the debtor to receive the entire benefit expected under the contract.

5. Not all notifications of non-performance given to the seller can be construed as granting an additional term. In order for the objectives of the additional term to take effect, the notice of granting an additional term has to be sufficiently clear and precise so that the seller would know which obligation the buyer accuses him of violating. An additional term can be granted only after an obligation has fallen due; the buyer's claim of performance must also be assertable. When notifying of lack of conformity of goods, the buyer must specify why he is rejecting the goods; it is not necessary to specify the reason for the lack of conformity but to point out why the buyer does not accept the goods. As long as the buyer has not set an additional term, he cannot later claim damages in lieu of performance and withdraw from the contract based on non-performance but to point out why the buyer does not accept the goods. It also follows from the requirement of precision of the notice that in the part where the buyer has not set an additional term, the buyer cannot later claim damages in lieu of performance under the pretext of unsuccessful expiry of the term.
6. The second sentence of § 114(1) of the LOA is ineffective; it allows an additional term to be granted to the debtor even if the creditor only notifies that he wants performance but does not actually grant the debtor a term for remedying the non-performance. Such a regulation does not provide legal certainty. Granting an additional term results in significant consequences for the debtor and the creditor, as such, the additional term should begin only when the additional term is actually granted. Based on the current regulation, the additional term may pass without the debtor even realizing that the term has begun. This also means that under § 118(1) of the LOA, the creditor may unexpectedly lose the right to withdraw from the contract without having even considered it. Taking into account the interests of both parties, it would be prudent to omit the second sentence of § 114(1) of the LOA *de lege ferenda*.
7. Granting an additional term is incompatible with violated obligations, which are not performance obligations (e.g. violating a prohibition on competition or confidentiality agreement). However, the appropriate manner to discipline the debtor for such a non-performance obligation should be warning (instead of granting additional term as it should be for performance obligations). Since the law does not prescribe such a possibility the author proposes that the regulation of § 115(2) of the LOA be supplemented *de lege ferenda* as follows:

"If the nature of the non-performance precludes the granting of an additional term, a warning shall replace the granting of an additional term."

8. The law does not prescribe a deadline for setting an additional term that allows the creditor to claim damages in lieu of performance; such a significant restriction on the creditor's rights cannot be deduced from the general principle of good faith. A different interpretation would invoke a situation where, upon delivery of non-conforming goods, the buyer could lose the claim to remedy the lack of conformity before it even arises. Alternatively, if the seller failed to perform, buyer would lose any fair chance to protect his interests. Such a restriction could also lead the

buyer to lose the right to withdraw from the contract before such a right even arises (§ 116(2) 5) of the LOA). Allowing such unfortunate consequences would be wrongheaded and incompatible with § 118(1) of the LOA, which terminates the buyer's right to withdraw from the contract if he does not notify the seller within reasonable time as of becoming aware of a fundamental breach. It is not sensible to add another restriction to such a significant restriction, nor does the regulation of the law support it.

9. Although the creditor may, usually, claim damages in lieu of performance only upon the expiry of an additional term, such a precondition is not absolute. Keeping in mind the need to balance the interests of the parties, the law provides for exemptions when the creditor may immediately claim damages in lieu of performance, i.e. without granting an additional term. No additional term is necessary if:
 - 1) It would not have any effect (§ 115(3), alternative 1 of the LOA). The constituent elements include, for example, if performance is impossible, or if the debtor refuses to perform. Impossibility to perform should not be equated with cases where a claim of performance ceases to exist under § 108(2)2)-4) and (3)-(5) of the LOA. In those cases, the provisions protect the debtor, which is why they should be construed as the debtor's objections and not as circumstances terminating *ipso iure* a claim of performance. An automatic termination of a claim of performance may not be in the interests of the parties. To that end, the legislative act is unfounded and should be amended. If the debtor raises an objection of refusing to perform, the debtor's claim of performance ceases to exist and he may immediately claim damages in lieu of performance;
 - 2) The debtor has fundamentally breached obligations (§ 115(3), alternative 2 of the LOA). The legislature has justifiably equated the substantive prerequisites for a claim for damages in lieu of performance with withdrawal from a contract (cf. § 116 of the LOA). Because they both terminate the creditor's right to perform, the substantive prerequisites for remedies with similar effects should be the same;
 - 3) Immediate compensation for damage is reasonable for some other reason (§ 115(1), alternative 3 of the LOA). The constituent elements require that from an objective perspective, the creditor has lost interest in the debtor's performance; it must also be taken into account whether the debtor foresaw or could have foreseen such a consequence (e.g. the seller knowingly hides the lack of conformity of goods). The constituent elements should also include cases where the immediate assertion of a claim for damages (e.g. making a substitute transaction or remedying non-conformities) would help reduce total damage or avoid it to a significant extent.
 - 4) The buyer is not required to grant an additional term if the seller's fundamental breach arises from circumstances set out in § 223 of the LOA, in particular, if the seller does not remedy the lack of conformity of the goods within reasonable time from being notified of the lack of conformity by the buyer. Since such a fundamental breach gives the buyer the right to withdraw from the contract, the buyer's right to claim damages in lieu of performance should also be recognised.

It follows from the above that the regulation of § 223 of the LOA considerably changes the conditions for, and logic of, asserting the buyer's claim for damages in lieu of performance in the case of non-conformity of goods to the contract. Given that non-conformity of goods to a contract constitutes, in practice, the most typical non-performance of the seller, the effect of § 223 of the LOA is that when the buyer files a claim for damages in lieu of performance the requirement to grant an additional term to remedy the non-performance becomes, essentially, an exception.¹⁶²⁵

10. Regarding the extent of the buyer's claim for damages in lieu of performance, it is important to take into account that the system of remedies in the LOA is built on uniform concept of non-performance. This also means that with respect to the creditor's right to resort to remedies it is not relevant what caused the debtor's non-performance or what the non-performance consisted of. As a result, each non-performance is of equal significance. This is essential to understand when the creditor's right to waive the debtor's performance arises under the LOA. Pursuant to § 116(2)5 of the LOA, the debtor is deemed to have fundamentally breached his obligations if he fails to perform *any obligation* within the additional term. Therefore, after the additional term has expired, the creditor may waive the debtor's performance and withdraw from the contract upon failure to remedy the breach of principal or accessory obligations (incl. e.g. cooperation, protection or other obligations). This shows how the LOA has a significantly diverges from the CISG, PECL, PICC and BGB with regard to the creditor's right to be relieved of the performance relationship; thus setting the tone for understanding the entire regulation.
11. The only restriction on the extent of the buyer's claim for damages in lieu of performance is laid down in the first sentence of § 115(4) of the LOA, based on which the creditor may claim compensation for damage in lieu of full performance if the debtor has *partially* performed, only if the creditor has lost reasonable interest in *partial performance*. Since, based on the systematics of the law and the original sources for the provision, partial performance requires the seller's performance be divisible, the regulation does not cover cases where the seller delivers goods not conforming to the contract or other cases of improper performances such as, violations of accessory obligations by the seller. § 217(1) of the LOA holds that a quantitative deficiency (quantitative lack of conformity) of performance should be deemed lack of conformity of goods to a contract under a contract of sale. Based on this, when filing a claim for damages in lieu of performance the buyer can choose, almost without any exceptions, whether he claims damages in lieu of full performance (i.e. waives the debtor's performance in full) or only restrictively (e.g. claims reimbursement of the costs of remedying the lack of conformity). This interpretative outcome is in compliance with the general systematics of law and provisions governing the right of withdrawal based on which the buyer may withdraw from the contract if the seller fails to perform

¹⁶²⁵ Essentially the same conclusion may be made as regards the buyer's right to withdraw from a contract.

any obligation within the additional term (§ 116(2)5) of the LOA). The buyer's right to choose aligns with the regulation of contract of sale under § 223 which also allows the buyer to withdraw from the contract, if the seller fails to remedy the lack of conformity, regardless of whether the lack of conformity is material, insignificant or marginal.

12. The author finds that a regulation that allows the creditor to claim damages in lieu of full performance upon the unsuccessful expiry of an additional term regardless of the extent of the non-performance or its significance should be considered unfounded. In order to balance the interests of the debtor and the creditor the author suggests that the regulation of § 115(4) of the LOA should be amended *de lege ferenda* as follows:

“If an obligation is divisible and the debtor performs the obligation in part, the creditor may claim damages in lieu of full performance only if the creditor does not have a reasonable interest in partial performance. If the debtor has performed improperly, the creditor may not claim damages in lieu of full performance if the non-performance is insignificant. If the debtor breaches an obligation other than an obligation to perform, the creditor may claim damages in lieu of performance only if it cannot reasonably be expected that the debtor performs the obligation in the future. The provisions of sentences 1 and 2 apply to the creditor's right to claim damages in lieu of full performance.”

This way the regulation would provide a reasonable balance between the interests of the debtor and the creditor. For this reason, the regulation of § 116(2)5) of the LOA should also be amended so that the creditor is unable to withdraw from the contract after the unsuccessful expiry of the additional term if the non-performance is insignificant. The author suggests that the regulation of § 116(2)5) of the LOA be amended *de lege ferenda* as follows:

“the other party fails to perform any obligation within the additional term granted for the performance specified in § 114 of this Act or declares that it shall not perform the obligation within this term. Withdrawal from a contract is not permitted if the non-performance is insignificant.”

13. In the context of a claim for damages, the buyer may claim compensation for the costs already incurred as well as for costs that will be incurred in the future. In general, the buyer may choose whether to calculate damages abstractly or concretely. If the buyer files a claim for damages in lieu of full performance, he may claim compensation from the seller for the additional costs borne on the substitute transaction or for the difference in the purchase price under the contract and the market price. If the delivered goods are non-conforming, the buyer may claim compensation for costs borne on remedying the non-conformities or future costs, or for the difference in the value of the goods that conform to the contract and those that do not. When claiming compensation for costs already incurred, the costs actually incurred should be taken as a point of reference. They should be assessed for reasonableness as of the time of their incurrence. In claiming costs to

be incurred in the future, the extent of the costs should be assessed based on the time following the most recent court judgment establishing factual circumstances in the matter (i.e. county or circuit court). The reason for this is that the damages that will be awarded have to actually enable the buyer to remedy the non-performance based on the values confirmed within that judgement. Therefore, damage subject to compensation may change over time; if the costs borne on remedying the lack of conformity or substitute transaction change during the court proceedings due to the market, it has to be taken into account when awarding damages. If it is impossible to remedy the non-performance (e.g. if goods with individual characteristics are destroyed), the determination of the extent of damage should be based on the moment the damage occurred.

14. The term that terminates the right of withdrawal from a contract under § 118(1) of the LOA does not apply to a claim for damages in lieu of performance (regardless of its extent). The application of § 118(1) of the LOA is not possible by analogy or on the basis of the principle of good faith. The regulation and systematics of law, as well as the origin of the provision, support a different interpretation. It could also entail unwanted consequences, which may even be anomalous if the debtor fails to perform.
15. The limitation period of a claim for damages in lieu of performance begins when the claim falls due. Usually, the limitation period of a claim starts to run as of the unsuccessful expiry of the additional term granted to remedy the non-performance.¹⁶²⁶ This also means that the start of the limitation period of a claim of performance and a claim for damage in lieu of performance are separate from one another; expiration of the limitation period of a claim of performance does not entail expiration of the limitation period of a claim for damages in lieu of performance that has already fallen due. The creditor may grant an additional term and switch from a claim of performance to a claim for damages in lieu of performance within the entire limitation period of the claim of performance. As an exception, the limitation period of a claim for compensation for damage in lieu of performance arising from non-conformity of goods to the contract begins as of delivery of the goods to the buyer (§ 227 of the LOA).
16. As with withdrawal from a contract, filing a claim for damages in lieu of performance should be possible before the obligation falls due, if it is evident that the debtor will commit a fundamental non-performance. Since the law does not explicitly prescribe such a possibility, the author recommends the regulation of § 117(1) of the LOA be supplemented *de lege ferenda* as follows:

“If it is evident before the obligation of a party falls due that such party will commit a fundamental breach of the contract, primarily if the party gives notice that the party does not intend to perform the contract, the other party may withdraw from the contract or claim damages in lieu of performance before the obligation falls due.”

¹⁶²⁶ If there is no need to grant an additional term, pursuant to § 115(2)-(3) of the LOA, the limitation period begins at the occurrence of such circumstances.

The wording of § 117(2) and (3) of the LOA should be supplemented similarly by expanding the scope of application of the provision to also include a claim for damages in lieu of performance. A claim for damages in lieu of performance should, by analogy to the first sentence of § 116(5) of the LOA, also be conditionally assertable.

17. The view taken in legal literature and in the contradictory practice of the Supreme Court, that § 218 of the LOA lays down a liability standard for the seller if goods do not conform to a contract, is incorrect. The law makes a distinction between criteria of attributing a non-performance to the debtor and being liable for the non-performance. § 218 of the LOA governs the issue of attributing non-conformity of goods to the seller, but not the issue of being liable for the non-performance. A different interpretation is in conflict with the systematics of the legislative act and the origins of the provision. There is also no substantive need for a different interpretation that may provoke unwanted consequences. Based on all provisions on which the regulation of remedies in the LOA was formed, the buyer may claim damages from the seller only if the non-performance is not excused. Absolute liability has not been recognised.
18. While claiming damages in lieu of performance, the buyer may also claim reimbursement of the costs already spent on remedying the lack of conformity of goods based on § 222(5) of the LOA (claim of performance). § 222(5) of the LOA does not cover all the constituent elements of the buyer's repair costs. Furthermore, based on § 115(1)-(2) of the LOA, the buyer can claim compensation for the same type of costs upon the unsuccessful expiry of the additional term. Therefore, the provision of § 222(5) of the LOA is redundant and unnecessary. What makes the regulation even more questionable is the fact that it is in conflict with the general systematics of the regulation of a claim for damages in lieu of performance, based on which the buyer may claim compensation for the costs of remedying a lack of conformity only upon the unsuccessful expiry of the additional term granted to remedy the non-performance (first sentence of § 115(2) of the LOA) but which § 222(5) of the LOA does not require. The lack of harmony in the logic of the provisions of the general and special part of a legislative act pursuing the same effect is unfounded. Since § 222(5) of the LOA does not grant any additional rights to the buyer, it would make sense to either repeal it or at the very least align it with § 115(2) of the LOA.
19. The fact that the buyer (creditor) has a right to file a claim for damages in lieu of performance (meeting the prerequisites of § 115(1)-(3) of the LOA) does not mean that the effects of filing a claim will immediately (automatically) materialise. The creation of a right of claim merely provides the buyer a right to choose (*ius variandi*) which legal remedy he wants to use. The buyer then has a right to claim performance as well as a right to claim damages in lieu of performance; usually he may also choose between a right to reduce the price (in the case of improper performance) and withdrawal from a contract (cf. prerequisites for § 116(2) of the LOA and § 115(2)-(3) of the LOA). The creditor's (buyer's) right to choose ceases to exist when the debtor offers to perform, when the creditor's claim of performance ceases to exist (§ 108(2)-(5) of the LOA, § 222(6) of the LOA) or

when it expires. If the creditor still decides to claim damages in lieu of performance, he may expect the following consequences:

- 1) Although the law does not explicitly set it out, the first and primary consequence of claiming damages in lieu of performance is the termination of the creditor's claim of performance. A claim of performance ceases to exist to an extent to which the creditor (buyer) has claimed damages in lieu of performance from the debtor (seller). As a result of asserting a claim, the creditor's (buyer's) claim of performance is replaced, to a corresponding extent, with a claim for damages. For the debtor (seller), this means that the performance obligation ceases to exist, to a corresponding extent, by being replaced by the obligation to compensate for damage as a surrogate of performance. At the same time the debtor's (seller's) right to offer performance ceases to exist. If the creditor (buyer) does not claim damages in lieu of full performance from the debtor, the performance relationship between the parties continues to exist to the extent not mentioned by the asserted claim. The regulation of § 108(8) of the LOA is ineffective and misleading, and the regulation of § 115 of the LOA is incomplete. The author finds that § 108(8) of the LOA should be repealed; and the regulation of § 115(4) of the LOA should be supplemented *de lege ferenda* with the first sentence as follows:

“Upon claiming damages in lieu of performance the claim of performance shall terminate in the corresponding part”

- 2) The termination of the creditor's (buyer's) claim of performance and the termination of the debtor's (seller's) corresponding performance obligation do not entail the termination of the creditor's (buyer's) obligation of counter-performance. The text and systematics of the law, legal theory and origins of the provision support the continuity of obligation of counter-performance. Moreover, there is no substantive need for a different interpretation. The long term practice of the Supreme Court, which treats claiming damages in lieu of full performance of the principal obligation as implicit withdrawal from the contract, thus terminating the creditor's obligation of counter-performance, is incorrect. In reality, claiming damages in lieu of performance only terminates the debtor's (seller's) performance obligation. It has nothing to do with the creditor's (buyer's) obligation of counter-performance. If the creditor (buyer) wants to be relieved of the obligation of counter-performance, he has to withdraw from the contract. Deciding whether, in a specific case, one can speak of withdrawal from a contract by the buyer or claiming damages in lieu of performance, has to be determined by way of interpretation (§ 69 of the GPCCA, § 29 of the LOA). If, upon claiming damages, the buyer wants the purchase price already paid to be returned or expresses his wish for restitution in some other way, or wants to be relieved of performing his obligation, the buyer can, usually, deem such a notice as withdrawal from the contract. This is not a dogmatic issue but rather an issue of the interpretation of circumstances.

- 3) The regulation of § 115(4) of the LOA, which allows the debtor (seller) to require the creditor (buyer) to return the delivered goods to him, only if the creditor (buyer) claims damages *in lieu of full performance* upon *partial performance* of the debtor, is partially ineffective. The regulation does not allow the debtor to require that improper or non-conforming goods be returned to him. Regardless of the type of non-performance, the debtor (seller) should always have a right to get back that which was delivered, especially when the creditor (buyer) has waived the debtor's (seller's) performance and wants compensation for damage instead. Therefore, the last sentence of § 115(4) of the LOA should be amended *de lege ferenda* as follows:

“Upon claiming damages in lieu of performance the creditor shall return to the debtor that which was delivered based on §§ 189-191 in corresponding parts.”

- 4) Once the creditor (buyer) has claimed damages in lieu of performance, the debtor's (seller's) performance obligation ceases to exist. It is replaced by the obligation to compensate for damage; in which cases, the filing of a claim has a transformative effect on the obligation. As with withdrawal from contract, such an effect of a formative right is usually not unilaterally revocable.
- 5) Claiming damages in lieu of full performance also terminates the debtor's (seller's) accessory obligations relating to the performance (e.g. obligation to hand over documents relating to the goods, termination of the obligation to provide user training etc.) However, the debtor's (seller's) obligations to assist and cooperate will usually persist, as well as obligations of the debtor (seller) which are not limited in time (e.g. confidentiality obligation, agreement on jurisdiction, etc.) Still, obligations of the debtor (seller) that were created before the creditor (buyer) filed a claim do not cease to exist (e.g. default interest, contractual penalty, and obligation to compensate for damage caused together with performance). The creditor's (buyer's) right to calculate contractual penalty on the delay of the performance ceases to exist due to the termination of the claim of performance. If the creditor (buyer) claims damages in lieu of performance only in replacement of an accessory obligation, it generally only terminates that specific accessory obligation while the rest of the performance relationship continues to exist in the same form.
- 6) Upon asserting a claim, securities that secured the claim of performance will continue to exist. A claim for damages that is filed in the bankruptcy estate instead of a claim of performance should be regarded as the same claim in bankruptcy proceedings, incl. as regards the time the claim arose and how it is secured.
- 7) Claiming damages in lieu of performance does not, in any way, restrict the creditor's (buyer's) right to claim compensation for other damage already suffered or for future damage, incl. loss of profit, compensation for the costs of temporary replacement performance, loss of the advantages of use, as well

as costs of ascertaining the damage and asserting the claim. The creditor (buyer) may, inter alia, claim from the debtor (seller) compensation for the loss of profit which he suffered before granting an additional term to the debtor (seller) to remedy the non-performance or within the additional term.

20. The practice of the Supreme Court whereby claiming damages in lieu of full performance entails the consequences of withdrawal from a contract is unacceptable. Withdrawal from a contract and a claim for damages in lieu of performance have significantly different purposes, prerequisites for asserting the remedy and consequences. While the purpose of a contractual claim for damages is to place the creditor in a situation that is as close as possible to a situation in which he would have been if the debtor had not breached the contract, the purpose of withdrawal from a contract is to restore the situation in which the parties were after entering into the contract but before they exchanged performances (*status quo ante contractum*). A claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract have quite different objectives. Whereas it is only possible to withdraw from a valid contractual performance relationship, a claim for damages in lieu of performance may be claimed both in the context of a performance relationship as well in the context as any other obligation. And although the creditor (buyer) may claim damages in lieu of performance either in lieu of full performance or only restrictively, the creditor (buyer) can, usually, only withdraw from the contract as a whole because the right to withdraw is not divisible.
21. The regulation of § 116(3) of the LOA which, based on its wording, the systematics of the law and original sources for the provision, on the one hand allows and on the other hand obligates the creditor to withdraw from a contract to a restricted extent only if the debtor has to perform obligations *in parts* should be deemed ineffective. Such a solution is not reasonable because the provision does not apply to cases of partial performance. In order to expand the scope of application of § 116(3) of the LOA and taking into account the need to balance the interests of the parties, the author suggest that the provision be amended *de lege ferenda* as follows (cf. ap.12):

“If contractual obligations are divisible and the debtor performs the obligations in part, the creditor may withdraw from the contract only with respect to the part that was breached.” The creditor may withdraw from the contract in full only if he has no reasonable interest in partial performance or if the non-performance is fundamental with respect to the contract as a whole.”

22. The case law of the Supreme Court dealing with § 223 of the LOA in the case of the buyer's right to withdraw if the goods do not conform to the contract raises several questions. Although § 223 of the LOA expressly provides an additional basis for the buyer to withdraw from the contract, the Supreme Court assesses, almost without any exceptions, the buyer's right to withdraw from the contract if the goods do not conform to the contract based on § 116 of the LOA. With certain reservations, it may be said that as a result of the case law of the Supreme Court

§ 223 of the LOA has become an exception that is randomly applied rather than a rule as follows from the law. The author finds that a situation where the Supreme Court ignores unequivocal regulation of law is unacceptable and in serious violation of the principle of legal certainty.

23. The regulation of § 223 of the LOA, which allows a buyer to withdraw from the contract or claim damages in lieu of full performance if the lack of conformity of goods are not remedied within reasonable term, regardless of the extent of the non-performance (even if lack of conformity is marginal) should be deemed partially unfounded. With the aim of balancing the interests of the parties the author recommends the regulation of § 223(3) of the LOA be supplemented *de lege ferenda* with the second sentence as follows (cf. section 12):

“The buyer may not withdraw from the contract or claim damages in lieu of full performance if the non-conformity of goods to the contract is insignificant.”

24. There is a difference in principle in the term for exercising the right to claim damages in lieu of performance and to withdraw from the contract (see 14 14). § 118(1) of the LOA restricts the creditor (buyer) to withdraw from a contract after reasonable time of the occurrence of fundamental breach, even when the debtor’s (seller’s) non-performance consists in failure to perform; it should therefore be deemed ineffective. None of the sources for the provision specify such a restriction. The debtor who does not perform his obligations cannot have a legitimate expectation that the performance relationship will continue in existence. The current regulation entails unwanted and anomalous consequences and therefore, it cannot be deemed justified. Taking into consideration the inconsistent and contradictory practice of the Supreme Court, the author suggests the regulation of § 118 of the LOA be supplemented *de lege ferenda* as follows:

“(1’1) If the debtor fails to perform, the term specified in section 1 starts to run as of the performance by the creditor or after the creditor becomes or should have become aware of the offer to perform.”

25. In general, the creditor (buyer) should be allowed to combine withdrawal from the contract and a claim for damages in lieu of performance in the context of *ius variandi*. Transferring from one remedy to another should only be prohibited if, and to an extent that, the debtor (seller) has developed a worthy interest in the maintenance of the effects of the remedy initially used. Since such an interest does not usually exist (in particular, if the debtor contests the existence of a non-performance), the changing of remedies should be allowed as long as it does not violate the principle of good faith. The creditor (buyer) should usually be free to choose whether he claims damages in lieu of full performance or only restrictively. Changing the extent of a claim – i.e. transferring from a limited claim for damages in lieu of performance to a claim for damages in lieu of full performance, and vice versa – should be restricted only if it is contrary to the principle of good

faith or if it infringes upon the debtor's (seller's) special expectation in the extent of the filed claim.

It can therefore be concluded that, based on points 5-25, the second hypothesis of the dissertation is also supported. Claiming damages in lieu of performance by the buyer cannot be equated with withdrawal from a contract; asserting a claim does not result in the consequences of withdrawal. These two remedies have different purposes, conditions for assertion, scopes of application and effects. The regulation of § 118(1) of the LOA, which specifies a deadline for the creditor when the right to withdraw from the contract ceases to exist, cannot be applied by analogy or based on the principle of good faith to a claim for damages in lieu of performance.

26. § 135 of the LOA provides the buyer with a right to claim compensation for the difference in price if he has withdrawn from the contract. The purpose of the regulation is to make it simpler for the creditor (buyer) to calculate and prove the typical damage caused by withdrawal from the contract. The buyer may calculate damage concretely based on the actual substitute transaction or calculate it abstractly based on the market price. A right to calculate compensation for the difference in price based on a specific substitute transaction only exists if the substitute transaction has been made in reasonable manner, within reasonable time and after withdrawal from the contract. The requirement that the buyer must have withdrawn from the contract by the time of making a substitute transaction applies also if the buyer actually had a right to withdraw from the contract at the time of making the substitute transaction, if the seller has refused to perform or if the right to withdraw is created after the making of the substitute transaction.
27. The obligation to make a substitute transaction in a reasonable manner means that under the circumstances, the substitute transaction has to be made on conditions that are as equal as possible to the original contract. This does not mean that the terms and conditions of a substitute transaction would have to be identical. It is important that the substitute transaction is made to replace the withdrawn contract and that which is achieved with the substitute transaction could be deemed a reasonable substitute. If the substitute transaction does not conform to the requirements of § 135(1) of the LOA, the buyer cannot calculate compensation for the difference in price based on § 135(1) of the LOA. This, however, does not usually restrict the buyer's right to calculate damage abstractly (§ 135(2) of the LOA).
28. The buyer's right to abstract calculation of damage is based on the idea that the creditor (buyer) has a right to make a substitute transaction on market conditions. The mere fact that the creditor (buyer) does not do so for whatever reason should not relieve the debtor (seller) of the obligation to compensate for damage. Therefore, the purpose of abstract compensation of price differences is to place the buyer in an economic situation in which he would have been had he made the hypothetical substitute transaction. In calculating damage abstractly the buyer does not have to prove the damage he actually suffered, and the seller cannot raise an objection to the claim that the buyer actually did not need the goods or lacked the desire to resell the goods (i.e. profit).

29. Both concretely and abstractly calculated compensation for the difference in price constitutes a claim for minimum damages. This means that in addition to offsetting price differences, the buyer may also claim compensation for other damage caused by a violation of the seller's obligations (§ 135(3) of the LOA). Such compensation for other damage should be based on the general provisions of compensation for damage (§ 127 of the LOA) and the buyer must prove each type of damage he suffered. The simplified burden of proof of asserting a claim under § 135 of the LOA is not applicable here. Other typical damage subject to compensation includes: costs borne in relation to ascertaining the lack conformity of goods to a contract and other costs such as storage, preservation and returning of the goods; usual and reasonable broker fees and transport costs incurred due to a substitute transaction. Usually, the buyer has a right to claim reimbursement of loss of profit because the claim for compensation for the difference in price and claim for loss of profit protect different interests of the buyer. This does not mean that the buyer has a right to place himself in a better position by combining the claim for price differences and loss of profit than the one in which he would have been if the seller had properly performed. Such a result would be contrary to the principle of prohibition on enrichment on which the regulation of compensation for damage is based.
30. The regulation of § 135(2) of the LOA allows the buyer to calculate damage abstractly even if he has, in fact, made a substitute transaction; this raises questions. § 135 of the LOA exemplifies how considerably different it is from the exemplary provisions the CISG, PECL and PICC. In those regulations, abstractly calculated compensation is of secondary significance; the buyer may calculate damage abstractly only if there is no specific substitute transaction. The solution in the LOA, which grants the buyer a right to choose, should be deemed unfounded as it allows the buyer to manipulate the seller and profit off of him. The author recommends serious consideration be given to amending § 135(2) of the LOA in order to limit the creditor's right to abstract calculation of the compensation for the difference in price to when it is not possible to calculate the compensation based on a substitute transaction.
31. Since the purpose of § 135 of the LOA is to make it easier for the buyer to claim typical damages if the seller waives performance, the provision does not restrict the buyer's right to calculate compensation for the difference in price based on general regulation of damage (§ 127 of the LOA). Therefore, if the buyer cannot calculate damages based on § 135(1) or (2) of the LOA when withdrawing from the contract (e.g. the substitute transaction is made after reasonable time has passed or the goods have no market price), it does not deprive the buyer of the right to claim compensation for the difference in price. The principles of simplified calculation of compensation set out in § 135 of the LOA do not apply to such a claim for compensation, and the buyer has to prove the suffered damage each time. The seller's interests are protected through the fact that, in the case of an unreasonable substitute transaction that exceeds the market price, he may contest the claim by alleging that damage can be partially attributable to the buyer (§ 139(2) of the LOA).

32. The practice of the Supreme Court that allows a buyer to claim compensation for the difference in price only if the buyer has already withdrawn from the contract cannot be concurred with. The buyer can achieve the freedom of disposition (a precondition for a claim for compensation for the difference in price) not only through withdrawal from contract, but also by claiming damages in lieu of full performance. This means that in order to claim compensation for the difference in price it is not necessary to withdraw from the contract. The regulation of the LOA differs considerably from the CISG, PECL and PICC which lack a separate regulation for a claim for damages in lieu of performance. In those regulations, the buyer can be completely relieved of the seller's performance and thus achieve freedom of disposition only by withdrawing from the contract. The regulation of the LOA is similar to the BGB, under which the buyer is allowed to claim damages in lieu of full performance without the buyer having first withdrawn from the contract. In the context of such a claim, the buyer may also claim reimbursement of the value of the non-defective goods, costs of the substitute transaction or compensation for the difference in price. This also applies under the LOA.
33. As a result of the buyer claiming damages in lieu of full performance the obligations between the parties are transformed as follows. The seller's performance obligation ceases to exist and is replaced by an obligation to compensate for damage; the content of which is compensation for the value of the seller's performance or costs of a substitute transaction incurred by the buyer. Because claiming damages in lieu of performance does not terminate the obligation to pay the purchase price, which is the buyer's obligation of counter performance, the buyer can terminate such an obligation by way of calculating the offset. The buyer's obligation to pay the purchase price and the seller's obligation to compensate for damage terminate in the overlapping part. The buyer's right to compensation for the difference in price is enforced as a result. If the buyer files a claim for compensation for the difference in price after the seller has delivered the goods to the buyer, he has to return the received goods in return for the payment of compensation (§ 115(4) of the LOA, § 110 of the LOA). The right to claim compensation for the difference in price does not restrict the buyer's right to claim other damage he suffered due to the seller's non-performance, incl. the right for the loss of profit (cf. section 29).
34. In the context of claim for damages together with performance (so-called simple claim for damages), the buyer cannot claim compensation for the difference in price. As a result of compensation for the difference in price, the buyer waives the seller's performance in full, with the aim of reaping the same rewards as he would have through performance via a claim for damages. Therefore, claim for compensation for the difference in price qualifies as a claim for damages in lieu of performance. So, if the circumstances that entitle the buyer to claim damages in lieu of performance do not exist, the buyer cannot claim compensation for the difference in price. This result is based on the consideration that if the buyer was allowed to seek compensation for the difference in price within the context of a claim for damages together with performance, the outcome would be in conflict with the objectives of the institution of the additional term, which forms the center

of the claim for damages in lieu of performance. The additional term serves to preserve the performance relationship, to carry out a positive program after the contract, to avoid market speculations and abuses, and to achieve a sales function. Such a situation may also result in the buyer being relieved of the seller's performance due to any (incl. insignificant) non-performance, like a short delay of performance or a lack of conformity that could be easily remedied. This outcome would not adequately balance the interests of the parties and would enable the buyer to speculate on the account of the seller. In order to avoid these unwanted effects, the legislature has specified that the buyer should only have a limited right to use legal remedies which terminate the performance relationship, i.e. only after the unsuccessful expiry of the additional term granted to remedy the non-performance or if the seller's non-performance is fundamental.¹⁶²⁷ If, in a specific case, the making of a substitute transaction helps significantly reduce the total damage, the buyer may make the substitute transaction, regardless of granting an additional term or insignificance of the non-performance. In such a case, the immediate compensation for damage is otherwise justified, pursuant to § 115(1), alternative 3 of the LOA. Reduction of total damages is in the interests of both the buyer and the seller, and thus this exemption is legitimate.

Based on points 26–34, it is determined that the third hypothesis of the dissertation has also been supported. § 135 of the LOA is not an exclusive regulation for calculating compensation for the difference in price, and the buyer may also calculate compensation for the difference in price on the basis of the general provisions of damage. The estimation that the buyer's claim for compensation for damage does not require the buyer to first withdraw from the contract was also supported. The buyer may claim compensation for the difference in price if he has a right to claim damages in lieu of full performance. However, in the context of claim for damages together with performance (so-called simple claim for damages) the buyer has no right for compensation for the difference in price.

¹⁶²⁷ See § 115(2)-(3) of the LOA in conjunction with § 116(1)-(2) and § 223 of the LOA.

TRANSLATION OF TABLE OF CONTENTS OF THE THESIS

INTRODUCTION

1. THE PURPOSE OF THE REGULATION OF CLAIM FOR DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE AND DELIMITING THE CLAIM FROM CLAIM FOR DAMAGES TOGETHER WITH PERFORMANCE
 - 1.1 Regulation of a claim for damages in lieu of performance
 - 1.1.1 A claim for damages under the CISG, PECL and PICC
 - 1.1.2 A claim for damages under the BGB
 - 1.1.3 Remedy approach vs causa approach
 - 1.1.4 Hybrid approach in the LOA
 - 1.2 The purpose of a separate regulation of a claim for damages in lieu of performance
 - 1.3 Damage together with performance and in lieu of performance
 - 1.3.1 Need for and criteria of the delimitation of damage together with performance and in lieu of performance
 - 1.3.2 Typical cases
 - 1.3.3 Major damage and minor damage
 - 1.3.4 Significance and consequences of delimitation
 - 1.4 The need for a claim for damages in lieu of performance and advantages related thereto
2. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE IF THE SELLER FAILS TO PERFORM
 - 2.1 Principal obligations of the seller and failure to perform
 - 2.1.1 Duty to deliver goods
 - 2.1.2 Obligation to enable the buyer to take ownership
 - 2.1.3 Failure to perform
 - 2.2 Unsuccessful expiry of additional term
 - 2.2.1 Requirements for notice of additional term
 - 2.2.2 Duration of additional term
 - 2.2.3 Consequences of granting an additional term
 - 2.2.3.1 Significance of granting an additional term before its expiry
 - 2.2.3.2 Unsuccessful expiry of additional term
 - 2.3 No need to grant an additional term
 - 2.3.1 Granting an additional term would not have effect (§ 115(3), alternative 1 of the LOA)
 - 2.3.2 Fundamental breach (§ 115(3), alternative 2 of the LOA)
 - 2.3.3 Immediate compensation for damage is reasonable (§ 115(3), alternative 3 of the LOA)
 - 2.3.4 Termination of a claim of performance (§ 108(3) (5) and (2) of the LOA)
 - 2.4 Restrictions associated with the extent of a claim
 - 2.4.1 Failure to perform
 - 2.4.2 Partial performance and non-conformity of goods

- 2.5 Calculation of damage and determination of its time of occurrence
 - 2.5.1 Calculation of damage
 - 2.5.2 Foreseeability of damage and purpose of protection of breached obligation
 - 2.5.3 Determination of time of occurrence of damage
- 2.6 Circumstances excluding a right of claim
 - 2.6.1 Term for asserting a claim and applicability of § 118(1) of the LOA
 - 2.6.2 Cure
 - 2.6.3 Exercise of other legal remedies
 - 2.6.4 Prohibition on abusing rights
 - 2.6.5 Expiry
- 2.7 Filing a claim before an obligation falls due
- 2.8 Conditional assertion of claim
- 3. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE UPON PARTIAL PERFORMANCE BY THE SELLER, NON-CONFORMITY OF GOODS, AND BREACH OF ACCESSORY OBLIGATIONS
 - 3.1 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon partial performance by the seller
 - 3.1.1 The definition of partial performance and the specific aspects of partial performance by the seller (§ 115(4) and § 217(1) of the LOA)
 - 3.1.2 Restrictions attached to the extent of a claim and calculation of damage
 - 3.2 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon non-conformity of goods
 - 3.2.1 Non-conformity of goods and obligations arising from pre-contractual negotiations as part of contract
 - 3.2.1.1 Non-conformity of goods to contract
 - 3.2.1.2 Obligations arising from pre-contractual negotiations as part of contract
 - 3.2.2 Special conditions for asserting a claim
 - 3.2.2.1 Non-excusability of non-performance?
 - 3.2.2.2 Relying on non-conformity of goods to contract (§§ 220-221 of the LOA)
 - 3.2.3 Specific aspects relating to the granting of an additional term and problematic case law of the Supreme Court (§ 223 of the LOA)
 - 3.2.3.1 Specific aspects relating to the granting of an additional term
 - 3.2.3.2 Problematic case law of the Supreme Court (§ 223 of the LOA)
 - 3.2.4 Restrictions associated with the extent of a claim and calculation of damage
 - 3.2.5 Simultaneous claim for damages and claim to reimburse repair costs under § 222(5) of the LOA
 - 3.2.6 Expiry of claim

- 3.3 The buyer's right to claim damages in lieu of performance upon a breach of accessory obligations by the seller
 - 3.3.1 Accessory obligations of the seller
 - 3.3.2 Specific aspects of granting an additional term and extent of a claim
 - 3.3.2.1 Additional term vs warning
 - 3.3.2.2 Restrictions attached to the extent of a claim and calculation of damage
- 4. CONSEQUENCES OF ASSERTING A CLAIM FOR DAMAGES IN LIEU OF PERFORMANCE
 - 4.1 The CISG, PECL and PICC as a source of comparison
 - 4.2 Time of termination of a claim of performance and the buyer's right to choose
 - 4.2.1 Termination of a claim of performance and regulation of § 108(8) of the LOA
 - 4.2.2 Extent of termination of a claim of performance and the effects of its termination
 - 4.3 Time of termination of a claim of performance and the creditor's right to choose
 - 4.3.1 The creditor's right to choose
 - 4.3.2 Term for exercising the right to choose
 - 4.3.3 Termination of a claim of performance (significance of § 108(3)-(5) and § 108(2) of the LOA)
 - 4.3.4 Significance of filing a claim of performance
 - 4.3.5 Delayed offer to perform
 - 4.3.6 Interpretation of a declaration of intention
 - 4.4 Maintaining the buyer's obligation of counter-performance
 - 4.4.1 Problem definition
 - 4.4.2 Regulation of the BGB and conditional reciprocity
 - 4.4.2.1 Termination of obligations due to conditional reciprocity
 - 4.4.2.2 Criticism of conditional reciprocity
 - 4.4.2.3 Continuity of the obligation of counter-performance
 - 4.4.3 Solution in the LOA
 - 4.4.3.1 Purpose of a claim for damages
 - 4.4.3.2 Purpose of withdrawal from a contract
 - 4.4.3.3 Differences in the prerequisites for remedies
 - 4.4.3.3.1 Specific aspects relating to the object and extent of legal remedies
 - 4.4.3.3.2 Partial performance and performance in parts....
 - 4.4.3.3.3 Additional term vs fundamental non-performance
 - 4.4.3.3.4 Significance of excusability of non-performance
 - 4.4.3.3.5 Term for exercising legal remedies
 - 4.4.3.4 Conditional reciprocity and continuity of an obligation of counter-performance
 - 4.4.3.5 Differences in the consequences of the remedies

- 4.5 Obligation to return that which was received from the seller as a result of performance
- 4.6 Other important consequences
- 4.7 Ius variandi of a claim for damages in lieu of performance and withdrawal from a contract
 - 4.7.1 Cumulation of legal remedies and right to choose
 - 4.7.2 The creditor withdraws from contract
 - 4.7.3 The creditor claims damages in lieu of performance
- 5. THE BUYER'S RIGHT TO CLAIM COMPENSATION FOR THE DIFFERENCE IN PRICE
 - 5.1 Claim for compensation for the difference in price under § 135 of the LOA
 - 5.1.1 Purpose of the regulation
 - 5.1.2 Right to calculate compensation for the difference in price under § 135(1) of the LOA
 - 5.1.2.1 The buyer has withdrawn from contract
 - 5.1.2.1.1 Withdrawal from contract as the aim of the precondition for applying § 135(1) of the LOA.
 - 5.1.2.1.2 The buyer's right to withdraw from contract
 - 5.1.2.1.3 Giving notice of withdrawal and its format
 - 5.1.2.1.4 Term for withdrawing from contract
 - 5.1.2.2 Time for making a substitute transaction
 - 5.1.2.2.1 Substitute transaction before withdrawing from contract
 - 5.1.2.2.2 Substitute transaction after withdrawing from contract within reasonable time
 - 5.1.2.3 Conditions for substitute transaction
 - 5.1.2.4 Consequences
 - 5.1.3 Right to calculate compensation for the difference in price under § 135(2) of the LOA
 - 5.1.3.1 Prerequisites for filing a claim
 - 5.1.3.2 Calculation of compensation
 - 5.1.3.3 Consequences
 - 5.1.4 Competition between section 1 and section 2 of § 135 of the LOA
 - 5.2 Right to calculate compensation for the difference in price under § 127 of the LOA
 - 5.2.1 The buyer's right to claim compensation for the difference in price upon withdrawal from a contract
 - 5.2.2 Right to claim compensation for the difference in price without withdrawing from a contract
 - 5.2.2.1 Right to claim compensation for the difference in price in the context of a claim for damages in lieu of performance
 - 5.2.2.2 Right to claim compensation for the difference in price in the context of a claim for damages together with performance

CONCLUSIONS

KASUTATUD MATERJALIDE JA LÜHENDITE LOETELU

KASUTATUD KIRJANDUSE LOETELU

1. Achilles, W.-A. Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG). 2. Aufl. Neuwied, Luchterhand, 2010. Viidatud: Achilles.
2. Ackermann, T. Schadensersatz statt der Leistung: Grundlagen und Grenzen. JuS 2012, 865 ff. Viidatud: Ackermann.
3. Aderhold, L. (Hrsg.). Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag. Schmidt 2008. Viidatud: Kaiser (2008).
4. Althammer, C. Ius variandi und Selbstbindung des Leistungsgläubigers. NJW 2006, 1179 ff. Viidatud: Althammer (2006).
5. Althammer, C. Bindendes Erfüllungsvorlangen des Gläubigers nach Ablauf der Nachfrist. ZGS 2005, 375 ff. Viidatud: Althammer (2005).
6. Althammer, C., Löhnig, M. Sachmängelbedingte Rückzahlungsklagen und ius variandi des Käufers, AcP 2005, 520 ff. Viidatud: Althammer/Löhnig.
7. Arnold, A. Der neue § 438BGB – eine Zwischenbilanz. ZGS 2002, 438 ff. Viidatud: Arnold.
8. Arnold, A. Rücktritt und Schadensersatz. ZGS 2003, 427 ff. Viidatud: Arnold (2003).
9. Atiyah, P.S. An Introduction to the Law of Contract, 4th ed. Oxford Clarendon Press 1989. Viidatud: Atiyah.
10. Audit, B. La vente internationale de marchandises. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1990. Viidatud: Audit.
11. Bach, I. Neuere Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht. IPRax 2009, 299 ff. Viidatud: Bach.
12. Bachmann, T. Die elektive Konkurrenz. Duncker & Humblot 2010. Viidatud: Bachmann.
13. Baetge, D. Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag Canaris. Mohr Siebeck 2008. Viidatud: Canaris (2008).
14. Bamberger, H. G., Roth, H. (Hrsg.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB. Aufl. 3. C.H. Beck 2012. Viidatud: Bamberg/Roth/Autor.
15. Bamberger, H. G., Roth, H. (Hrsg.). Beck'scher Online-Kommentar BGB. 38. Edition. Stand. 01.03.2011. Kätesaadav: beck-online.beck.de (01.09.2015). Viidatud: BeckOK/Autor.
16. Bamberger, H. G., Roth, H. (Hrsg.). Beck'scher Online-Kommentar BGB. CISG – Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UNKaufRÜ). 38. Edition. Stand. 01.03.2011. Kätesaadav: beck-online.beck.de (01.09.2015). Viidatud: BeckOK-CISG/Autor.
17. von Bar, C., Zimmermann, R. Grundlegen des Europäischen Vertragsrechts. Teil I und II. Sellier. European Law Publishers 2002. Viidatud: von Bar/Zimmermann.
18. Bardo, U. Die "abstrakte" Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag. Duncker & Humblot 1989. Viidatud: Bardo.
19. Baumbach, A. (Begr.), Hopt, K. J. Handelsgesetzbuch. Band 9. Aufl. 36. C.H. Beck 2014. Viidatud: Baumbach/Autor.
20. Baums, T. (Hrsg.). Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag. Mohr Siebeck 2006. Viidatud: Faust.
21. Benicke, C. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Schuldnerverzug – OLG München, NJW 1995, 2363. JuS 1996, 196 ff. Viidatud: Benicke.
22. Bianca, C. M., Bonell, M. J. Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention. Giuffrè 1987. Viidatud: Bianca/Bonell/Autor.

23. Bitter, G. Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag. O. Schmidt 2009. Viidatud: Huber (2009).
24. Bockholdt, F. Die Übertragbarkeit rücktrittsrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge. AcP 2006, 769 ff. Viidatud: Bockholdt.
25. Boerner, D. Kaufrechtliche Sachmängelhaftung und Schuldrechtsreform. ZIP 2001, 2264 ff. Viidatud: Boerner.
26. Bressler, S. Selbstvornahme im „Schwebezustand“ nach Ablauf der Nacherfüllungsfrist. NJW 2004, 3382 ff. Viidatud: Bressler
27. Brox, H. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Aufl. 24. Carl Heymanns Verlag 2003. Viidatud: Brox.
28. Brox, H., Walker, W.-D. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Aufl. 34. C.H.Beck 2011. Viidatud: Brox/Walker.
29. Brunner, C. UN-Kaufrecht – CISG. Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten.
30. Brömmelmeyer, C. Der Nacherfüllungsanspruch des Käufers als trojanisches Pferd des Kaufrechts? JZ 2006, 493 ff. Viidatud: Brömmelmeyer.
31. Bundesminister der Justiz (Hrsg.). Ab der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts. Bundesanzeiger 1992. Viidatud: BJM BGB-KE.
32. Büchler, A., Müller-Chen, M. (Hrsg.). Private Law : national – global – comparative. Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60 Geburtstag. Stämpfli Verlag 2011. Viidatud: Schwenzer (2011).
33. Bydlinski, P. Die Konsequenz voreiliger Selbstverbesserung, entwickelt aus den zentralen gesetzlichen Wertungen. ZGS 2005, 129 ff. Viidatud: Bydlinski.
34. v. Caemmerer, E., Leser, H. G. (Hrsg.). Gesammelte Schriften. Band 1. Mohr 1968. Viidatud: v. Caemmerer.
35. Canaris, C-W. Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. JZ 2001, 499 ff. Viidatud: Canaris (2001).
36. Canaris, C.-W. Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983. Beck 1983. Viidatud: Canaris (1983).
37. Christensen, R., Pötters, S. Methodische Fehler in juristischen Prüfungen. JA 2010, 566 ff. Viidatud: Christensen/Pötters.
38. CISG Advisory Council Opinion, Kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op.html> (01.09.2015). Viidatud: CISG-AC Opinion/Autor.
39. Clevinghaus, T. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz nach neuem Schuldrecht. Nomos 2007. Viidatud: Clevinghaus.
40. van den Daele, W. Probleme des gegenseitigen Vertrages. Cram, de Gruyter u. Co. 1968. Viidatud: van den Daele.
41. Dainow, J. The Civil Law and the Common Law: Some Points of Comparison. The American Journal of Comparative Law. Vol. 15, No. 3 (1966 – 1967), 419 ff. Viidatud: Dainow.
42. Dauner-Lieb, B. (Hrsg.). BGB. Schuldrecht: §§ 241 bis 610. Nomos 2005. Viidatud: AnwKom BGB/Autor.
43. Dauner-Lieb, B., Heidel, T., Freiberg, G. (Hrsg.). Nomos Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch: BGB. Band 2.1. Aufl. 2 2012. Viidatud: Nomos Komm/Autor.
44. Dauner-Lieb, B., Dötsch, W. Selbstvornahme im Kaufrecht? ZGS 2003, 250 ff. Viidatud: Dauner-Lieb/Dötsch .
45. Derleder, P. Der Wechsel zwischen den Gläubigerrechten bei Leistungsstörungen und Mängeln. NJW 2003, 998 ff. Derleder (2003).

46. Derleder, P., Hoolmans, F. Vom Schuldnerverzug zum Gläubigerverzug und zurück. Eine Untersuchung der Neuregelung des verspäteten Leistungsangebots des Schuldners. NJW 2004, 2787 ff. Viidatud: Derleder/Hoolmans.
47. Derleder, P., Zänker, L. Der ungeduldige Gläubiger und das neue Leistungsstörungenrecht. Das Verhältnis von Fristsetzung, Schadensersatzverlangen und Rücktritt. NJW 2003, 2777 ff. Viidatud: Derleder/Zänker.
48. Dubovitskaya, E. Neue Obliegenheit für den säumigen Schuldner? JZ 2012, 328 ff; Viidatud: Dubovitskaya.
49. Döll, Y. Rückgewährstörungen beim Rücktritt. Diss. Mohr Siebeck 2011. Viidatud: Döll.
50. Dörnhofer, R. Übungsfall: Der verfrühte Deckungskauf. ZJS 2013, 176 ff, Viidatud: Dörnhofer.
51. Düchs, C. Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht. Diss. Duncker & Humboldt 2006. Viidatud: Düchs.
52. Ebert, I. Das Recht des Verkäufers zur zweiten Andienung und seine Risiken für den Käufer. NJW 2004, 1761 ff. Viidatud: Ebert.
53. Eesti Keele Instituut. M. Langemets (jt.). Eesti keele seletav sõnaraamat 1. A-J. Eesti Keele Sihtasutus 2009. Viidatud: Eesti keele seletav sõnaraamat.
54. Ehmann, H. Garantie- oder Verschuldenshaftung bei Nichterfüllung und Schlechtleistung. Im Heldrich, A. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Beck 2007. Viidatud: Ehmann.
55. Emmerich, V. Das Recht der Leistungsstörungen. Aufl. 6. Beck 2005. Viidatud: Emmerich.
56. Enderlein, F. (u.a.) (Hrsg.). Internationales Kaufrecht. Haufe 1991. Viidatud: Enderlein/Maskow/Strohbach.
57. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucksache 14/6040. Viidatud: BT-Drucks. 14/6040.
58. Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts. Drucksache 14/7052. Viidatud: BT-Drucks. 14/7052.
59. Erman, W. (Begr), Westermann, P. (Hrsg.). Bürgerliches Gesetzbuch. 13. Aufl. Otto Schmidt 2011. Viidatud: Erman/Autor.
60. Ernst, W., Zimmermann, R. Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform. zum Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes des Bundesministeriums der Justiz. Mohr Siebeck 2001. Viidatud: Dauner-Lieb (2001).
61. Europäischen Vertragsrechts. RabelsZ 67 (2003), 230 ff. Viidatud: Lando (2003).
62. Farnsworth, E. A. Legal Remedies for Breach of Contract. Columbia Law Review. Vol 70, No 7, 1145 ff. Viidatud: Farnsworth.
63. Ferrari, F. Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht – 25 Jahre Artikel 25 CISG. Internationales Handelsrecht. Band 5, 1 ff. Viidatud: Ferrari.
64. Ferrari, F. Internationales Vertragsrecht. EGBGB; CISG; CMR; FactÜ. Kommentar. Beck 2007. Viidatud: Ferrari/Autor.
65. Ferrari, F. u.a (Hrsg.). Internationales Vertragsrecht. C.H.Beck 2007. Viidatud: Ferrari/Kieninger/Mankowski.
66. Fikentscher, W., Heinemann, A. Schuldrecht. 10. Auflage. De Gruyter Recht 2006. Viidatud: Fikentscher/Heinemann.
67. Finn, M. Kann der Gläubiger die (Nach-)Erfüllung zwischen Fristablauf und Schadensersatzverlangen zurückweisen? ZGS 2004, 32 ff. Viidatud: Finn.
68. Flume, J. W. Der monetäre Wert des (Kauf-)Vertrages – Zur Bedeutung von Wert und Zeit für die Bestimmung des Nichterfüllungsschadens. AcP 2015, 282 ff. Viidatud: Flume.
69. Gordley, J. Common Law und civil law: eine überholte Unterscheidung. ZEuP 1993, 498 ff. Viidatud: Gordley.

70. Grabitz, E., Hilf, M. Das Recht der Europäischen Union. 40. Auflage. C.H. Beck 2009. Viidatud: Grabitz/Hilf.
71. Grigoleit, H. C., Riehm, T. Die Kategorien des Schadensersatzes im Leistungsstörungsrecht. AcP 2003, 727 ff. Viidatud: Grigoleit/Riehm.
72. Großmann-Doerth, H., Heymann, E. Die Rechtsfolgen vertragswidrigen Andienung. Die Rechtsfolgen vertragswidriger Andienung. Arbeiten z. Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1935, 311 ff. Viidatud: Großmann-Doerth/Heymann.
73. Gsell, B. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz. JZ 2004, 643 ff. Viidatud: Gsell (2004).
74. Gsell, B. Rechtlosigkeit des Käufers bei voreiliger Selbstvornahme der Mängelbeseitigung? ZIP 2005, 922 ff. Viidatud: Gsell (2005).
75. Habermatzl, K. Der Ersatz von Schäden aus Deckungsgeschäften während der Leistungsverzögerung. NJW 2007, 1328 ff. Viidatud: Habermatzl.
76. Habermatzl, K. Verschulden und Versprechen. Zur Haftung des Schuldners für die Verzögerung der Leistung. Diss. Duncker & Humboldt 2006. Viidatud: Habermatzl (2006).
77. Hanau, H. Der Schuldner in der Hand des Gläubigers? Beendigung der Schwebelage nach Ablauf einer gem. § 323 BGB gesetzten Frist. NJW 2007, 2806 ff; Viidatud: Hanau.
78. Heinrich, M. Die Abwehr des Anspruchs des Käufers auf Nacherfüllung. ZGS 2003, 253 ff. Viidatud: Heinrich.
79. Heldrich, A. Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag. Beck 2007. Viidatud: Dauner-Lieb (2007).
80. Helms, T., Neumann, D. (Hrsg). Das neue Schuldrecht. Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler. Boorberg 2001. Viidatud: Gsell (2001).
81. Hellwege, P. Die §§ 280 ff. BGB: Versuch einer Auslegung und Systematisierung. Diss. Duncker & Humboldt 2005. Viidatud: Hellwege.
82. Herber, R., Czerwenka, B. Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf. C.H. Beck 1991. Viidatud: Herber/Czerwenka.
83. Herberger, M. Juris Praxiskommentar BGB. Band 2.1. Schuldrecht. Juris 2006. Viidatud: JurisPK/Autor.
84. Herresthal, C. Das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Durchsetzbarkeit in den §§ 281 I, 323 I BGB. Jura 2008, 561 ff. Viidatud: Herrestahl.
85. Herresthal, C. Der Ersatz des Verzugsschadens beim Rücktritt vom Vertrag. JuS 2007, 798 ff. Viidatud: Herresthal (2007).
86. Herresthal, C., Riehm, T. Die eigenmächtige Selbstvornahme im allgemeinen und besonderen Leistungsstörungsrecht. NJW 2005, 1457 ff. Viidatud: Herresthal/Riehm.
87. Hirsch, C. Schadensersatz statt der Leistung. Jura 2003, 289 ff. Viidatud: Hirsch.
88. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law, in: Peter-Christian Müller-Graff, Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1993, pp. 47–70. Reprinted in the 2nd ed., 1999, pp. 103–125.
89. Heymann, E. (Begr.). Handelsgesetzbuch. Viertes Buch. §§ 343 – 475h. de Gruyter 2005. Viidatud: Heymann/Autor.
90. Honnold, J. O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Aufl. 3. Kluwer 1999. Viidatud: Honnold.
91. Honnold, J. O., Flechtner, H. M. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 4th ed. Kluwer 2009. Viidatud: Honnold/Flechtner.
92. Honsell, H.(Hrsg). Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG) (Kommentare). Aufl. 2. Springer 2009. Viidatud: Honsell/Autor.

93. Honsell, H. (Hrsg.). Grundprinzipien des Leistungsstörungsrechts. Helbing und Lichtenhahn 2004. Viidatud: Schaurer.
94. Huber, P. Schadensersatz und Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht. IPRax 2005, 436 ff. Viidatud: Huber (2005).
95. Huber, U. Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht. ZEuP 2008, 708 ff. Viidatud: Huber (2008).
96. Huber, U. Schadensersatz statt der Leistung. AcP 2010, 319 ff. Viidatud: Huber (2010).
97. Huber, U. Leistungsstörungen II. Mohr Siebeck 1999. Viidatud: Huber (Leistungsstörungen II).
98. Huber, P., Kröll, S. Deutsche Rechtsprechung zum UN-Kaufrecht in den Jahren 2001/2002. IPRax 2003, 309 ff. Viidatud: Huber/Kröll.
99. Huber, P., Mullis, A. The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners. Sellier 2007. Viidatud: Huber/Mullis.
100. Häublein, M. G. (Hrsg.). Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus. Festschrift für Leenen. De Gruyter 2012. Viidatud: Lorenz (2012).
101. Höffmann, S.H. Die Nachfrist im Leistungsstörungsrecht. Diss. Peter Lang 2013. Viidatud: Höffmann.
102. Jauernig, O. et al. (Hrsg.). Bürgerliches Gesetzbuch. 15. Auflage. C. H. Beck 2013. Viidatud: Jauernig/Autor.
103. Jousen, J. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. Kohlhammer 2008. Viidatud: Jousen.
104. Jud, B. Das Recht zur Zurückweisung im Kaufrecht. JuS 2004, 841 ff. Viidatud: Jud (2004).
105. Kaiser, D. Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge wegen Nicht- und Schlechterfüllung nach BGB. Diss. Mohr Siebeck 2000. Viidatud: Kaiser (2000).
106. Kalamees, P. Hinna alandamine õiguskaitsevahendite süsteemis. Diss. Tartu Ülikooli Kirjastus 2013. Viidatud: Kalamees (2013).
107. Kalamees, P. Hinna alandamise suhe teiste üldiste õiguskaitsevahenditega. Juridica 2013, 709 jj. Viidatud: Kalamees (2013b).
108. Kalamees, P. Müügilepingust taganemise õigus asja lepingutingimustele mittevastavuse korral. Kommentaar Riigikohtu otsusele tsiviilasjas 3-2-1-11-10. Juridica 2010, 796 jj. Viidatud: Kalamees (2010).
109. Kanzleiter, R. (Hrsg.). Festschrift für Hans Wolfsteiner. Heymann 2008. Viidatud: Lorenz (2008).
110. Karollus, M. UN-Kaufrecht: Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis. Springer 1991. Viidatud: Karollus.
111. Kleine, L., Scholl, B. Das Konkurrenzverhältnis primärer und sekundärer Gläubigerrechte bei Pflichtverletzungen im allgemeinen Schuldrecht. NJW 2006, 3462 ff. Viidatud: Kleine/Scholl.
112. Koch, R. Die Fristsetzung zur Leistung oder Nacherfüllung – Mehr Schein als Sein? Was bleibt noch vom Fristsetzungserfordernis? NJW 2010, 1636 ff. Viidatud Koch (2010).
113. Kochler, J. Rücktrittsausschluss im Gewährleistungsrecht bei nachträglicher.
114. Krause, R. Die Leistungsverzögerung im neuen Schuldrecht (Teil II). JURA 2002, 299 ff. Viidatud: Krause.
115. Krause, R., Schwarze, R. (Hrsg.). Festschrift für Hansjörg Otto zum 70. Geburtstag am 23. Mai 2008. De Gruyter 2008. Viidatud: Jacobs.
116. Kröll, S. International arbitration and international commercial law. Wolters Kluwer Law & Business 2011. Viidatud: Huber/Bach.
117. Kröll, S., Mistelis, L., Viscasillas, P. P. UN-Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG). C. H. Beck Hart Nomos 2011. Viidatud: Kröll/Autor.

118. Kull, I. Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses. Tartu Ülikooli Kirjastus 2002. Viidatud: Kull (2002).
119. Kull, I., Parrest, I. Teatamiskohustus võlaõigusseaduse kontekstis. *Juridica* 2003, 213 jj. Viidatud: Kull/Parrest.
120. Kull, I., Käerdi, M., Kõve, V. Võlaõigus I. Üldosa. Juura 2004. Viidatud: Kull/Käerdi/Kõve.
121. Kõve, V. Lepingu ühepoolse lõpetamisega seotud küsimused. *Juridica* 2003, 225 jj. Viidatud: Kõve (2003).
122. Kõve, V. Varaliste tehingute süsteem Eestis. Diss. Tartu Ülikooli Kirjastus 2009. Viidatud: Kõve (2009).
123. Käerdi, M. Abgrenzung der vertraglichen und ausservertraglichen Haftungssysteme im deutschen und estnischen Kaufrecht und im Einheitsrecht: eine rechtsvergleichende Studie. *Nomos* 2006. Viidatud: Käerdi (2006).
124. Käerdi, M. The Development of the Concept of Pre-contractual Duties in Estonian Law. *Juridica International* 2008, 209 ff. Viidatud: Käerdi (2008).
125. Köhler, H., Lorenz, S. Schuldrecht I – Prüfe Dein Wissen. 20. Aufl. C.H. Beck 2006. Viidatud: Köhler/Lorenz.
126. Lahe, J. Lepingueelsete kohustuste ning eellepingu rikkumisest tulenev tsiviilõiguslik vastutus. *Juridica* 2004, 681 jj. Viidatud: Lahe (2004).
127. Lamprecht, P. Selbstvornahme des Gläubigers und Vorrang der Erfüllung nach neuem Schuldrecht. *ZGS* 2005, 268 ff. Viidatud: Lamprecht.
128. Lando, O., Beale, H. (eds.). Principles of European Contract Law. Parts I and II. Kluwer Law International 2000. Viidatud: PECL Comm.
129. Lando, O. Das neue Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches und die Grundregeln des
130. Larenz, K. Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 1975. Viidatud: Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
131. Larenz, K., Wolf, M. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. C. H. Beck 2004. Viidatud: Larenz (2004).
132. Leser, H. G. Der Rücktritt vom Vertrag: Abwicklungsverhältnis und Gestaltungsbefugnisse bei Leistungsstörungen. Mohr Siebeck 1975. Viidatud: Leser.
133. Lindacher, W. F. Definität und Revisibilität der Gläubigerentscheidungen nach § 326 BGB. *JZ* 1980, 48 ff. Viidatud: Lindacher.
134. Liu, Chengwei. Remedies for Non-Performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL. 2003. Kättesaadav: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei.html> (01.09.2015). Viidatud: Chengwei.
135. Looschelders, D. Die neuere Rechtsprechung zur kaufrechtlichen Gewährleistung. *JA* 2007, 673 ff. Viidatud: Looschelders (2007).
136. Looschelders, D. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Aufl. 8. München 2010. Viidatud: Looschelders (2010).
137. Looschelders, D. Schuldrecht. Besonderer Teil. Aufl. 7. Vahlen 2012. Viidatud: Looschelders (2012).
138. Looschelders, D. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Aufl. 12. Vahlen 2014. Viidatud: Looschelders (2014).
139. Lorenz, E. (Hrsg.). Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung. Verlag Versicherungswirtschaft 2003. Viidatud: Canaris (2002).
140. Lorenz, S. Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Kaufrecht. *NJW* 2003, 1417 ff. Viidatud: Lorenz (2003).

141. Lorenz, S. Rücktritt, Minderung und Schadensersatz wegen Sachmängeln im neuen Kaufrecht: Was hat der Verkäufer zu vertreten? NJW 2002, 2497ff. Viidatud: Lorenz (2002).
142. Lorenz, S. Schadensersatz wegen Pflichtverletzung – ein Beispiel für die Überhastung der Kritik an der Schuldrechtsreform. JZ 2001, 742 ff. Viidatud: Lorenz (2001).
143. Lorenz, S. Schadensersatz statt der Leistung, Rentabilitätsvermutung und Aufwendungsersatz im Gewährleistungsrecht. NJW 2004, 26 ff. Viidatud: Lorenz (2004).
144. Lorenz, S., Reiff, P. Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung – Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002. Verlag Versicherungswirtschaft 2006. Viidatud: Lorenz (2005).
145. Lorenz, S. Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“. NJW 2006, 1175 ff. Viidatud: Lorenz (2006).
146. Lorenz, S. Schuldrechtsreform 2002: Problemschwerpunkte drei Jahre danach. NJW 2005, 1889 ff. Viidatud: Lorenz (2005 b).
147. Lorenz, S. Grundwissen – Zivilrecht: Schadensarten bei der Pflichtverletzung (§ 280 II, III BGB). JuS 2008, 203 ff. Viidatud: Lorenz (2008 b).
148. Lögering, M. P. Lögering: Verlust etwaiger Schadensersatzrechte durch die Minderung des Kaufpreises? MDR 2009, 664 ff. Viidatud: Lögering.
149. Magnus, U. Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht. RabelsZ 59 (1995), 469 ff. Viidatud: Magnus (1995).
150. Mankowski, M. Wie setzt man eine Nachfrist richtig? ZGS 2003, 451 ff. Viidatud: Mankowski (2003).
151. Mankowski, P. Hat der Verkäufer unter dem BGB wirklich ein eigenes subjektives Recht zur zweiten Andienung? JZ 2011, 781 ff. Viidatud: Mankowski (2011).
152. Markesinis, B. S., Unberath, H., Johnston, A. The German Law of Contract. A Comparative Treatise. 2nd ed. Hart Publishing 2006. Viidatud: Markesinis/Unberath/Johnston.
153. Marotzke, W. BGB und InsO: zwei neue Leistungsstörungenrechte im Widerstreit. KTS 63 (2002), 1 ff. Viidatud: Marotzke.
154. Martis, R. Das Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung. MDR 2010, 1293 ff. Viidatud: Martis.
155. Mayer, C., Schürnbrand, J. Einheitlich oder gespalten? Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien. JZ 2004, 545 ff. Viidatud: Mayer/Schürnbrand.
156. Medicus, D. Die Leistungsstörungen im neuen Schuldrecht. JuS 2003, 522 ff. Viidatud: Medicus (2003).
157. Medicus, D., Lorenz, S. Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. Aufl. 19. C.H. Beck 2010. Viidatud: Medicus/Lorenz.
158. Mehring, T. Der Anspruch auf großen Schadensersatz im Werkvertragsrecht. ZGS 2009, 310 ff. Viidatud: Mehring.
159. Nacherfüllungsunmöglichkeit – Wiederkehr der §§ 350, 351 BGB a.F.? AcP 2003, 539 ff. Viidatud: Kochler.
160. Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980. Stämpfli Verlag AG Bern 2004. Viidatud: Brunner.
161. Oechsler, J. Schuldrecht Besonderer Teil Vertragsrecht. Vahlen 2003. Viidatud: Oechsler.
162. Oechsler, J. Kein Ersatz ersparter Verkäuferaufwendungen im Falle der eigenmächtigen Mangelbeseitigung durch den Käufer. LMK 2005, 81 ff. Viidatud: Oechsler (2005).
163. von Olshausen, E. Das Neben-, Nach-, Mit- und Gegeneinander mehrerer Rechte wegen Leistungssörungen nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz. In Baums, T., Lutter, M., Schmidt, K., Wertenbruch, J. Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag. Mohr Siebeck 2006. Viidatud: von Olshausen.

164. Ostendorf, P. Die Abgrenzung zwischen Schadensersatz statt und neben der Leistung – Versuch einer Neubetrachtung. NJW 2010, 2833 ff. Viidatud: Ostendorf.
165. Palandt, O. (Begr.). Bürgerliches Gesetzbuch. Beck'sche Kurz-Kommentare, Bd. 7, Aufl. 74. C. H. Beck 2015. Viidatud: Palandt/Autor.
166. Parrest, I. Lepingueelne teatamiskohustus. Magistritöö. Kättesaadav: <http://dspace.ut.ee/bitstream/handle/10062/960/indparrest.pdf?sequence=5> (01.09.2015). Viidatud: Parrest.
167. Pavelts, A., Sein, K. The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law. Juridica International 2014, 147 ff. Viidatud: Pavelts/Sein.
168. Piltz, B. Internationales Kaufrecht. Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung. Aufl. 2008. C.H. BECK. Viidatud: Piltz.
169. Prütting, H., Wegen, G., Weinreich, G. BGB. Kommentar. Aufl. 10. Luchterhand 2015. Viidatud: PWW/Autor.
170. Rabel, E. Das Recht des Warenkaufs. Bd 1. De Gruyter 1957. Viidatud: Rabel.
171. Reimann, M., Zimmermann, R. The Oxford Handbook of Comparative Law. Oxford University Press 2008. Viidatud: Reimann/Zimmermann (2008).
172. Reinicke, D., Tiedtke, K. Kaufrecht. Aufl. 8. Vahlen 2009. Viidatud: Reinicke/Tiedtke.
173. Reischl, K. Grundfälle zum neuen Schuldrecht. JuS 2003, 250 ff. Viidatud: Reischl.
174. Riehm, T., Lorenz, S. JuS Lern-CD. Zivilrecht I. BGB Allgemeiner Teil. Schuldrecht. Sachenrecht. Ed 3. C.H.Beck 2002. Viidatud: Riehm.
175. Riehm, T. Der Grundsatz der Naturalerfüllung. Diss. Mohr Siebeck 2015. Viidatud: Riehm (2015).
176. Riewert, I. Die Rückabwicklung erbrachter Leistungen bei der Kumulation von Rücktritt und Schadensersatz nach § 325 BGB. Diss. Mohr Siebeck 2014. Viidatud: Riewert.
177. Rodemann, T. Abstrakter Schadensersatz – Anwendungsprobleme in der Praxis. ZfBR 2015, 634 ff. Viidatud: Rodemann.
178. Saidov, D. The Law of Damages in International Sales. Hart 2008. Viidatud: Saidov.
179. Schellhammer, K. Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen. Aufl. 8. C.F. Müller 2011. Viidatud: Schellhammer.
180. Schlechtriem, P. Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht. Nomos 1987. Viidatud: Huber (1987).
181. Schlechtriem, P., Schwenger, I. (eds.). Commentary on the UN-Convention on the International Sale of Goods. 2nd ed. Oxford University Press 2005. Viidatud: Schlechtriem/Schwenger(2005)/Autor.
182. Schlechtriem, P. Internationales UN-Kaufrecht. Aufl. 4. Mohr Siebeck 2007. Viidatud: Schlechtriem (2007).
183. Schlechtriem, P. Damages, avoidance of the contract and performance interest under the CISG. Kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem21.html> (01.09.2015). Viidatud: Schlechtriem (2008).
184. Schlechtriem, P. Võlaõigus: eriosa. Juura 2000. Viidatud Schlechtriem (2000).
185. Schlechtriem, P., Schmidt-Kessel, M. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. Mohr Siebeck 2005. Viidatud: Schlechtriem/Schmidt-Kessel.
186. Schlechtriem, P., Schroeter, U. G. Internationales UN-Kaufrecht. Mohr Siebeck 2013.
187. Schlechtriem, P., Schwenger, I. Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht. Neubearb Aufl. 6. C.H. Beck, Helbing & Lichtenhahn 2013. Viidatud: Schlechtriem/Schwenger/Autor.
188. Schmidt-Ahrendts, N. Das Verhältnis von Erfüllung, Schadensersatz und Vertragsaufhebung im CISG. Mohr Siebeck 2007. Viidatud: Schmidt-Ahrendts

189. Schmidt, K (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. 5. Aufl. 3. C.H. Beck 2013. Viidatud: MüKoHGB/Autor.
190. Schmidt-Räntsch, J. Zehn Jahre Schuldrechtsreform. ZJS 2012, 301 ff. Viidatud: Schmidt-Räntsch.
191. Schneider, E. C. The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Arizona Journal of International and Comparative Law 1989–1990, 69 ff. Viidatud: Schneider.
192. Schollmeyer, M. Anmerkung zum Urteil des gem. Urteil des BGH vom 20.08.2009 (VII ZR 205/07). ZGS 2009, 491 ff. Viidatud: Schollmeyer
193. Schollmeyer, M., Utlu, A. Die Nacherfüllung im Kauf. JURA 2009, 721 ff. Viidatud: Schollmeyer/Utlu.
194. Scholz, S. Gestaltungsrechte im Leistungsstörungenrecht. Dunckel & Humblot, 2010. Viidatud: Scholz.
195. Schroeter, U. Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts. AcP 2007, 28 ff. Viidatud: Schroeter (2007).
196. Schulte-Nölke, H. Fristsetzung ohne Fristsetzung? ZGS 2009, 433 ff. Viidatud Schulte-Nölke.
197. Schulte-Nölke, H., Twigg-Flesner, C., Ebers, M. (eds.). EC Consumer Law Compendium: The Consumer Aquis and its Transposition in the Member States. Munich 2008. Viidatud: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers.
198. Schulze, R. u.a. (Hrsg.). Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar. Aufl. 8. Nomos 2014. Viidatud: Schulze/Autor.
199. Schulze, R. BGB. Handkommentar. Aufl 8. Nomos 2014. Viidatud: HK/Autor.
200. Schäfers, D. Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung. JuS 2015, 875 ff. Viidatud: Schäfers.
201. Schöller, W. Nochmals der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Gruchot 44 (1900), 603 ff. Viidatud: Schöller.
202. Schürholz, M. Die Nacherfüllung in neuen Kaufrecht. Diss. Nomos 2005. Viidatud: Schürholz.
203. Schürnbrand, J. Gestaltungsrechte als Verfügungsgegenstand. AcP 2004, 177 ff. Viidatud: Schürnbrand.
204. Schwab, M. Ablehnungsandrohung nach der Schuldrechtsreform. JR 2003, 133 ff. Viidatud: Schwab.
205. Schwarze, R. Das Recht der Leistungsstörungen. De Gruyter 2008. Viidatud: Schwarze.
206. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.). Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Kaufers, Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf. Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung 1984. Viidatud: Schlechtriem (1985).
207. Schwenger, I. Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag. Mohr Siebeck 2003. Viidatud: Huber (2003).
208. Scwenzer, I., Hachem, P. The Scope of the CISG Provisions on Damages. Kättesaadav: https://ius.unibas.ch/uploads/publics/9422/20121113141713_50a24859c87c3.pdf (01.09.2015). Viidatud: Schwenger/Hachem.
209. Secretariat Commentary. Secretariat Commentary on 1978 Draft (art 74). Kättesaadav: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html> (01.09.2015). Viidatud: Secretariat Commentary 1978 Draft.
210. Sein, K. Kahju ettenähtavuse reegel kahjuhüvitise piiramise alusena. Juridica 2003, 243 jj. Viidatud: Sein (2003).
211. Sein, K. Mis on vääramatu jõud? Juridica 2004, 511 jj. Viidatud: Sein (2004).

212. Sein, K. Damage arising from Defect in Object of Contract to Creditor's Absolute Legal Rights: Contractual or Delictual Liability? *Juridica International* 2005, 51 ff. Viidatud: Sein (2005).
213. Sein, K. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Diss. Tartu Ülikooli Kirjastus 2007. Viidatud: Sein (2007).
214. Sein, K. Kas Eesti õiguses tuleks lubada karistuslikke kahjuhüvitisi? *Juridica* 2008, 93 jj. Viidatud: Sein (2008).
215. Sein, K. Millal saab ostja müügieseme puuduste tõttu lepingust taganeda? Kommentaar Riigikohtu otsustele tsiviilasjades 3-2-1-11-01, 3-2-1-80-10 ja 3-2-1-147-11. *Juridica* 2012, 717 jj. Viidatud: Sein (2012).
216. Sein, K. Estland – ein Versuchsfeld für das Europäische Privatrecht? *GPR* 2013/1, S 15–16. Viidatud: Sein (2013).
217. Sergejev, M. Üürilepingu erakorraline ülesõtlemine. *Juridica* 2006, 647 jj. Viidatud: Sergejev.
218. Sivesand, H. The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods: Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary? *Sellier* 2005. Viidatud: Sivesand.
219. Skamel, F. Die angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung. *JuS* 2010, 671 ff. Viidatud: Skamel
220. Sein, K. Mis on vääramatu jõud? *Juridica* 2004, 511 jj. Viidatud: Sein (2004).
221. Sein, K. Damage arising from Defect in Object of Contract to Creditor's Absolute Legal Rights: Contractual or Delictual Liability? *Juridica International* 2005, 51 ff. Viidatud: Sein (2005).
222. Sein, K. Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Diss. Tartu Ülikooli Kirjastus 2007. Viidatud: Sein (2007).
223. Soergel, H. K. (Begr.), u.a. Bürgerliches Gesetzbuch. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). Aufl. 13. Kohlhammer 2000. Viidatud: SoergelCISG/Autor.
224. Soergel, H. K. (Begr.), u.a. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht 3/2. §§ 320–327. Aufl 13. Kohlhammer 2005. Viidatud: Soergel/Autor.
225. Soergel, H. K. (Begr.), u.a. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht 3/3. §§ 328–432. Aufl 13. Neubearb. Kohlhammer 2010. Viidatud: Soergel/Autor.
226. Soergel, H. K. (Begr.), u.a. Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht 1/2. §§ 243–304. Aufl. 13. Kohlhammer 2014. Viidatud: Soergel/Autor.
227. Stathopoulos, M. P. Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag. Beck 2006. Viidatud: Schlechtriem (2006).
228. Stathopoulos, M. (Hrsg). Festschrift für Apostolos Georgiades. C.H.BECK 2006. Viidatud: Canaris (2006).
229. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Recht der Schuldverhältnisse. Einleitung zum Schuldrecht. §§ 241–243 (Treu und Glauben). 15. Auflage. Sellier – de Gruyter 2015. Viidatud: Staudinger/Autor.
230. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 249–254 (Schadensersatzrecht). 14. Auflage. Sellier – de Gruyter. Viidatud: Staudinger/Autor.
231. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 255–304 (Leistungsstörungenrecht 1). Neubearb. 2014. Sellier – de Gruyter 2014. Viidatud: Staudinger/Autor.

232. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 315–326 (Leistungsstörungenrecht 2). Neubearb. 2015. Sellier – de Gruyter 2015. Viidatud: Staudinger/Autor.
233. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 346–361 (Rücktritt und Widerruf). 15. Auflage. Sellier – de Gruyter 2012. Viidatud: Staudinger/Autor.
234. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse. §§ 433–480 (Kaufrecht). Aufl. 15. Sellier – de Gruyter 2014. Viidatud: Staudinger/Autor.
235. von Staudinger, J. (Begr.). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Wiener UN-Kaufrecht (CISG). Neubearb. 2013. Sellier – de Gruyter 2013. Viidatud: StaudingerCISG/Autor.
236. Steindorff, E. Abstrakte und konkrete Schadensberechnung. AcP 1960, 431 ff; Viidatud: Steindorff.
237. Stoll, H. Zur Haftung bei Erfüllungsverweigerung im Einheitlichen Kaufrech. RabelsZ 52, 617 ff. Viidatud: Stoll.
238. Stöber, M. Die Verjährung von Ansprüchen auf Schadensersatz statt der Leistung. ZGS 2005, 290 ff. Viidatud: Stöber.
239. Sutton, J. S. Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods. Ohio State Law Journal (1989), 737 ff. Viidatud: Sutton.
240. Säcker, F. J., Rixecker, R., (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241–432. Aufl. 6. C.H. Beck 2012. Viidatud: MüKo/Autor.
241. Säcker, F. J., Rixecker, R., (Hrsg.). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 3. Schuldrecht. Besonderer Teil. CISG. Aufl. 6. C.H. Beck 2012. Viidatud: MüKoCISG/Autor.
242. Säcker, F. J., Rixecker, R., (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd 2. Schuldrecht. Allgemeiner Teil. §§ 241–432. Aufl. 7. C.H. Beck 2016. Viidatud: MüKo 7/Autor.
243. Tampuu, T. Sissejuhatus lepinguväliste võlasuhete õigusesse: üldprobleemid, tasu avaliku lubamise ning asja ettenäitamise õigus. Juridica 2002, 230 jj. Viidatud: Tampuu (2002).
244. Tiedtke, K., Schmitt, M. Der Anwendungsbereich des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 BGB. BB 2005, 615 ff. Viidatud: Tiedtke/Schmitt.
245. Tiivel, R. Tsiviilõiguse üldosa. Juura 2009. Viidatud: Tiivel (2009).
246. Tonner, K., Tamm, M., Willingmann, A. Vertragsrecht. Kommentar. Hermann Luchterhand Verlag 2010. Viidatud: Tonner/Tamm/Willingmann.
247. TsÜS eelnõu 121 SE seletuskiri. Kättesaadav: [http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/56e364a7-3ea9-3b57-80f7-7736809cdf05/Tsiviilseadustiku%20%C3%BCldosa%20seadus/\(01.09.2015\)](http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/56e364a7-3ea9-3b57-80f7-7736809cdf05/Tsiviilseadustiku%20%C3%BCldosa%20seadus/(01.09.2015)). Viidatud: TsÜS eelnõu 121.
248. Tuulmägi, K. Aegumistähtjad ja teised seaduses sätestatud tähtjad ning nende eristamise probleemid praktikas. Juridica 2009, 267 jj. Viidatud: Tuulmägi.
249. Unberath, H. Die richtlinienkonforme Auslegung am Beispiel der Kaufrechtsrichtlinie. ZeuP 2005, 5 ff. Viidatud: Unberath (2005).
250. Unidroit. International Institute for the Unification of Private Law. 2010. Kättesaadav: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (01.09.2015). Viidatud: PICC Comm.
251. Varul, P. jt (koost.). Võlaõiguseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Juura 2006. Viidatud: VÕS Komm I/Autor.

252. Varul, P. jt (koost.). Võlaõigusseadus I. Üldosa (§§ 1–207). Kommenteeritud väljaanne. Juura 2016. Viidatud: VÕS Komm I (2016)/Autor.
253. Varul, P., Kull, I. Kõve, V., Käerdi, M., Saare, K. Tsiviilõiguse üldosa. Juura 2012. Viidatud: Varul/Kull/Kõve/Käerdi/Saare.
254. Varul, P. jt (koost.). Võlaõigusseadus II. 2. Kuni 7. osa (208–618). Kommenteeritud väljaanne. Juura 2007. Viidatud: VÕS Komm II/Autor.
255. Varul, P. jt (koost.). Võlaõigusseadus III. 8. Ja 10. osa (§-id 619–916 ja 1005–1067). Kommenteeritud väljaanne. Juura 2009. Viidatud: VÕS Komm III/Autor.
256. Varul, P. jt (koost.). Tsiviilseadustiku üldosa seadus. Kommenteeritud väljaanne. Juura 2010. Viidatud: TsÜS Komm/Autor.
257. Varul, P. jt (koost.). Asjaõigusseadus I (§-d 1–167). Kommenteeritud väljaanne. Juura 2014. Viidatud: AÕS Komm I/Autor.
258. Vogg, D.-A. P. Die Leistungsstörungen des BGB, der CISG, der Principles und des DCFR im Vergleich. Diss. 2011. Kättesaadav: <http://ediss.sub.uni-hamburg.de/volltexte/2011/5229/> (01.09.2015). Viidatud: Vogg.
259. Volens, U. Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Diss. Tartu Ülikooli Kirjastus 2011. Viidatud: Volens (2011).
260. VÕS eelnõu 116 SE seletuskiri. Kättesaadav: <http://www.riigikogu.ee/tegevus/eelnoud/eelnou/0d9390ea-974c-35ab-a6c7-cb14062c3ad3/V%C3%B5la%C3%B5igusseadus/> (01.09.2015). Viidatud: VÕS eelnõu 116 SE.
261. Värv, A., Kalamees, P. Müüja vastutus asja lepingutingimustele mittevastavuse eest. Juridica 2009, 411 jj. Viidatud: Värv/Kalamees.
262. Värv, A. Käsundita asjaajamise instituudi funktsioon tsiviilõiguses. Juridica 2013, 186 jj; Viidatud: Värv (2013).
263. Wagner, G. Deutscher Juristentag. Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht – Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Verlag C. H. Beck 2006. Viidatud: Wagner.
264. Weiss, A. Das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz statt der Leistung – Autonomie statt künstlicher Parallelität. NJW 2015, 3393 ff. Viidatud: Weiss.
265. Wiese, V., Hauser, P. Empfangene Leistungen i.S. des § 346 BGB und Gefahrübergang. JuS 2011, 301 ff. Viidatud: Wiese/Hauser.
266. Weller, M.-P. Die Vertragstreue: Vertragsbindung – Naturalerfüllungsgrundsatz – Leistungstreue. Diss. Mohr Siebeck 2009. Viidatud: Weller.
267. Wende horst, C. (Hrsg.). Am Vorabend eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts Manz 2012. Viidatud: Wenderhorst/Autor.
268. Wertenbruch, J. Die eingeschränkte Bindung des Käufers an Rücktritt und Minderung. JZ 2002, 862 ff. Viidatud: Wertenbruch.
269. Westermann, H. P. Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs. JZ 2001, 530 ff. Viidatud: Westermann.
270. Westermann, H. P. (Hrsg.). Das Schuldrecht 2002. Boorberg 2002. Viidatud: Westermann (2002).
271. Witz, W., Salger, H. C., Lorenz, M. International Einheitliches Kaufrecht. Verlag Recht und Wirtschaft 2000. Viidatud: Witz/Salger/Lorenz.
272. Wittinghofer, M., Becker, A. Berechnung des Schadensersatzes nach Art. 76 UN Kaufrecht. IHR 2010, 225 ff. Viidatud: Wittinghofer/Becker.
273. Würdinger, M. Die Analogiefähigkeit von Normen. AcP 2006, 946 ff. Viidatud: Würdinger.
274. Yorio, E. I. Contract Enforcement. Little, Brown & Co 1989. Viidatud: Yorio.
275. Ziegler, U. Leistungstörungen nach dem UN-Kaufrecht. Nomos 1995. Viidatud: Ziegler.

276. Zimmer, D. Das neue Recht der Leistungsstörungen. NJW 2002, 1 ff. Viidatud: Zimmer.
277. Zimmermann, R. Der europäische Character des englischen Rechts: Historische Verbindungen zwischen civil law and common law. ZeuP 1993, S. 4 ff. Viidatud:
278. Zimmermann, R. The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press 1996. Viidatud: Zimmermann (1996).
279. Zimmermann Zimmermann, R. Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations. 2002. Kättesaadav: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zimmerman.html> (01.09.2015). Viidatud: Zimmermann (2002).

KASUTATUD NORMATIIVAKTIDE JA MUDELSEADUSTE LOETELU

280. Asjaõigusseadus. – RT I 1993, 39, 590; RT I, 30.06.2015, 4.
281. Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.
282. Code Civil (21.03.1804) (Prantsusmaa).
283. Codice Civile (16.03.1942) (Itaalia).
284. Draft Common Frame of Reference. Kättesaadav: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf (01.09.2015).
285. Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen. Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (1964, The Hague). Kättesaadav: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964> (11.04.2016)
286. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ, 25. mai 1999, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta. – EÜT L 171, 07.07.1999, lk 12–16.
287. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 1999/44/EÜ, 25. mai 1999, tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta, ELT L 171/12, 07.07.1999.
288. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 2011/83/EL, 25. oktoober 2011, tarbija õiguste kohta, millega muudetakse nõukogu direktiivi 93/13/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiivi 1999/44/EÜ ja millega tunnistatakse kehtetuks nõukogu direktiiv 85/577/EMÜ ning Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv 97/7/EÜ, ELT L 304/64, 22.11.2011.
289. Euroopa Parlamendi ja nõukogu direktiiv COM(2015) 635 final kaupade internetimüügi ja muu kaugmüügi lepingutega seonduvate teatavate aspektide kohta. Kättesaadav: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2015/EN/1-2015-635-EN-F1-1.PDF> (11.04.2016).
290. Handelsgesetzbuch in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 4100-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 31. März 2016 (BGBl. I S. 518) geändert worden ist.
291. Pankrotiseadus. – RT I 2003, 17, 95; RT I, 30.12.2015, 1
292. Principles of European Contract Law (PECL). Kättesaadav: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_4741.htm (11.04.2016).
293. Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396) geändert worden ist.
294. Tsiviilkohtumenetluse seadustik. – RT I 2005, 26, 197; RT I, 10.03.2016, 2.
295. Tsiviilseadustiku üldosa seadus. – RT I 2002, 35, 216; RT I, 12.03.2015, 5.
296. Täitemenetluse seadustik. – RT I 2005, 27, 198; RT I, 12.03.2015, 4

297. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC). Kättesaadav: <http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010> (01.09.2015).
298. Võlaõigusseadus. 26.09.2001.a. – RT I 2001, 81, 487; RT I, 11.03.2016, 1.
299. Ühinenud Rahvaste Organisatsiooni konventsioon rahvusvahelise ostu-müügi lepingute kohta. – RT II 1993, 21/22, 52; RT I 2002, 53, 336. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Alla kirjutatud 1980. aasta 11. aprillil Viinis, jõustunud 01.01.1988. Eesti suhtes jõustunud 01.10.1994

KASUTATUD KOHTULAHENDITE LOETELU

Riigikohtu lahendid

300. Riigikohtu 15.11.1994.a. otsus tsiviilasjas nr III-2/1-45/94.
301. Riigikohtu 19.10.1999.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-90-99.
302. Riigikohtu 03.05.2000.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-32-00.
303. Riigikohtu 13.02.2002.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-14-02.
304. Riigikohtu 18.06.2002.a. otsus haldusajal nr 3-3-1-33-02.
305. Riigikohtu 02.06.2003.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-70-03.
306. Riigikohtu 21.10.2003.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-106-03.
307. Riigikohtu 22.06.2004.a. otsus haldusajal nr 3-3-1-27-04.
308. Riigikohtu 29.10.2004.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-100-04.
309. Riigikohtu 25.10.2004.s. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-115-04.
310. Riigikohtu 21.12.2004.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-145-04.
311. Riigikohtu 20.12.2004.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-146-04.
312. Riigikohtu 22.12.2004.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-148-04.
313. Riigikohtu 11.05.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-41-05.
314. Riigikohtu 28.11.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-122-05.
315. Riigikohtu 30.11.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-05.
316. Riigikohtu 01.12.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-129-05.
317. Riigikohtu 30.11.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-131-05.
318. Riigikohtu 05.12.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-134-05.
319. Riigikohtu 21.12.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-137-05.
320. Riigikohtu 21.12.2005.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-139-05.
321. Riigikohtu 20.06.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-13-06.
322. Riigikohtu 12.04.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-15-06.
323. Riigikohtu 19.04.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-29-06.
324. Riigikohtu 12.06.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-50-06.
325. Riigikohtu 26.09.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-53-06.
326. Riigikohtu 14.06.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-59-06.
327. Riigikohtu 17.11.2006.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-109-06.
328. Riigikohtu 16.01.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-134-06.
329. Riigikohtu 29.01.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-137-06.
330. Riigikohtu 24.02.2007.a. otsus haldusajal nr 3-3-1-10-07.
331. Riigikohtu 26.09.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-71-07.
332. Riigikohtu 24.09.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-75-07.
333. Riigikohtu 07.11.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-102-07.
334. Riigikohtu 19.11.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-111-07.
335. Riigikohtu 19.12.2007.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-115-07.
336. Riigikohtu 20.12.2007.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-129-07.

- 337. Riigikohtu 11.03.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-08.
- 338. Riigikohtu 09.04.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-19-08.
- 339. Riigikohtu 21.05.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-31-08.
- 340. Riigikohtu 08.05.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-37-08.
- 341. Riigikohtu 18.06.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-45-08.
- 342. Riigikohtu 24.09.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-62-08.
- 343. Riigikohtu 28.10.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-80-08.
- 344. Riigikohtu 22.10.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-81-08.
- 345. Riigikohtu 05.11.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-08.
- 346. Riigikohtu 19.11.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-94-08.
- 347. Riigikohtu 07.11.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-102-08.
- 348. Riigikohtu 26.11.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-108-08.
- 349. Riigikohtu 17.12.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-109-08.
- 350. Riigikohtu 01.12.2008.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-110-08.
- 351. Riigikohtu 25.02.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-121-08.
- 352. Riigikohtu 12.01.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-127-08.
- 353. Riigikohtu 13.03.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-7-09.
- 354. Riigikohtu 01.04.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-18-09.
- 355. Riigikohtu 18.05.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-37-09.
- 356. Riigikohtu 03.06.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-60-09.
- 357. Riigikohtu 25.06.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-67-09.
- 358. Riigikohtu 17.06.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-70-09.
- 359. Riigikohtu 28.10.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-98-09.
- 360. Riigikohtu 02.12.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-101-09.
- 361. Riigikohtu 04.11.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-108-09.
- 362. Riigikohtu 22.12.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-141-09.
- 363. Riigikohtu 22.12.2009.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-143-09.
- 364. Riigikohtu 13.01.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-152-09.
- 365. Riigikohtu 23.02.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-165-09.
- 366. Riigikohtu 24.05.2010.a. otsus haldusasjas nr 3-3-1-23-10.
- 367. Riigikohtu 02.06.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-38-10.
- 368. Riigikohtu 27.09.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-70-10.
- 369. Riigikohtu 12.10.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-80-10.
- 370. Riigikohtu 20.12.2010.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-137-10.
- 371. Riigikohtu 09.02.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-138-10.
- 372. Riigikohtu 22.02.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-153-10.
- 373. Riigikohtu 09.03.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-169-10.
- 374. Riigikohtu 09.03.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-174-10.
- 375. Riigikohtu 04.04.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-8-11.
- 376. Riigikohtu 27.04.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-23-11.
- 377. Riigikohtu 15.06.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-51-11.
- 378. Riigikohtu 21.06.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-55-11.
- 379. Riigikohtu 20.06.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-57-11.
- 380. Riigikohtu 21.09.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-64-11.
- 381. Riigikohtu 08.11.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-104-11.
- 382. Riigikohtu 07.12.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-106-11.
- 383. Riigikohtu 07.12.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-123-11.
- 384. Riigikohtu 13.12.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-124-11.
- 385. Riigikohtu 21.12.2011.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-136-11.
- 386. Riigikohtu 18.01.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-147-11.

- 387. Riigikohtu 08.02.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-156-11.
- 388. Riigikohtu 20.03.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-5-12.
- 389. Riigikohtu 28.03.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-17-12.
- 390. Riigikohtu 03.04.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-20-12.
- 391. Riigikohtu 05.06.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-42-12.
- 392. Riigikohtu 16.05.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-49-12.
- 393. Riigikohtu 23.05.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-55-12.
- 394. Riigikohtu 23.05.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-63-12.
- 395. Riigikohtu 19.09.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-12.
- 396. Riigikohtu 24.09.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-90-12.
- 397. Riigikohtu 23.10.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-99-12.
- 398. Riigikohtu 19.11.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-129-12.
- 399. Riigikohtu 05.12.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-142-12.
- 400. Riigikohtu 18.01.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-154-12.
- 401. Riigikohtu 17.12.2012.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-157-12.
- 402. Riigikohtu 08.01.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-173-12.
- 403. Riigikohtu 30.04.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-5-13.
- 404. Riigikohtu 26.06.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-18-13.
- 405. Riigikohtu 26.06.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-18-13.
- 406. Riigikohtu 27.03.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-22-13.
- 407. Riigikohtu 30.05.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-34-13.
- 408. Riigikohtu 09.10.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-100-13.
- 409. Riigikohtu 30.10.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-101-13.
- 410. Riigikohtu 17.10.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-110-13.
- 411. Riigikohtu 27.11.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-126-13.
- 412. Riigikohtu 27.11.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-128-13.
- 413. Riigikohtu 11.12.2013.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-129-13.
- 414. Riigikohtu 03.03.2014.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-197-13.
- 415. Riigikohtu 30.04.2014.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-20-14.
- 416. Riigikohtu 07.05.2014.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-25-14.
- 417. Riigikohtu 17.06.2014.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-59-14.
- 418. Riigikohtu 22.10.2014.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-65-14.
- 419. Riigikohtu 15.12.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-71-14.
- 420. Riigikohtu 24.09.2014.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-72-14.
- 421. Riigikohtu 11.11.2014.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-77-14.
- 422. Riigikohtu 14.10.2014.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-84-14.
- 423. Riigikohtu 29.10.2014.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-89-14.
- 424. Riigikohtu 10.12.2014.a. määrus tsiviilasjas nr 3-2-1-119-14.
- 425. Riigikohtu 02.03.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-145-14.
- 426. Riigikohtu 04.02.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-153-14.
- 427. Riigikohtu 04.05.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-168-14.
- 428. Riigikohtu 18.03.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-171-14.
- 429. Riigikohtu 15.04.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-18-15.
- 430. Riigikohtu 06.05.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-36-15.
- 431. Riigikohtu 06.05.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-38-15.
- 432. Riigikohtu 27.05.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-43-15.
- 433. Riigikohtu 25.05.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-50-15.
- 434. Riigikohtu 10.06.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-60-15.
- 435. Riigikohtu 14.10.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-93-15.
- 436. Riigikohtu 30.09.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-100-15.

- 437. Riigikohtu 21.10.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-107-15.
- 438. Riigikohtu 25.11.2015.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-130-15.
- 439. Riigikohtu 30.03.2016.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-157-15.
- 440. Riigikohtu 17.02.2016.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-172-15.
- 441. Riigikohtu 03.05.2016.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-21-16.
- 442. Riigikohtu 05.05.2016.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-179-15.
- 443. Riigikohtu 16.06.2016.a. otsus tsiviilasjas nr 3-2-1-53-16.

Saksamaa Liidukohtu (Bundesgerichtshof) lahendid

- 444. BGH NJW 1951, 188.
- 445. BGH NJW 1951, 918.
- 446. BGH WM 1974, 391.
- 447. BGH NJW 1981, 1834.
- 448. BGHZ NJW 1982, 105.
- 449. BGH NJW 1982, 326.
- 450. BGH NJW 1984, 2570.
- 451. BGH NJW 1990 3013.
- 452. BGH NJW 1991, 1674.
- 453. BGH NJW 1992, 566.
- 454. BGHZ NJW 1994, 2480.
- 455. BGH NJW-RR 1998, 1489.
- 456. BGH NJW 1998, 2901.
- 457. BGH NJW 1999, 2884.
- 458. BGH NJW 1999, 3115.
- 459. BGH WM 2000, 481-483.
- 460. BGH NJW 2000, 71, 72.
- 461. BGH NJW 2000, 1256.
- 462. BGH NJW 2004, 2301.
- 463. BGH ZGS 05, 433, 434.
- 464. BGH NJW-RR 2005, 10.
- 465. BGH NJW 2005, 1348.
- 466. BGH NJW 2005, 3211.
- 467. BGH NJW 2006, 47.
- 468. BGH NJW 2006, 988.
- 469. BGH NJW 2006, 1198.
- 470. BGH NJW 2007, 674.
- 471. BGH NJW 2007, 835.
- 472. BGH NJW 2007, 2619.
- 473. BGHZ NJW 2008, 911.
- 474. BGH NJW 2008, 1371.
- 475. BGH NJW 2008, 2245.
- 476. BGH NJW 2009, 3153.
- 477. BGH NJW 2010, 44.
- 478. BGH NJW 2010, 2200.
- 479. BGH NJW 2010, 2426.
- 480. BGH NJW 2011, 3640.
- 481. BGH NJW 2012, 846.
- 482. BGH NJW 2013, 1807.
- 483. BGH NJW 2013, 2960.

Saksamaa kõrgemate regionaalkohtute (Oberlandesgericht) ja esimese astme kohtute (Amtsgericht) lahendid

- 484. OLG Düsseldorf 14.01.1994 (CISG-online 119).
- 485. OLG Frankfurt 24.03.2009 (IHR 2010, 250).
- 486. OLG Bamberg 13.01.1999 (CISG-online 516).
- 487. OLG Hamburg 28.02.1997 (CISG-online 261).
- 488. OLG Hamm 22.09.1992 (CISG-online 57).
- 489. Amtsgericht München 23.06.1995 (CISG-online 368).
- 490. Amtsgericht Nordhorn 14.06.1994 (CISG-online 259).

Muud välisriigi kohtu ja vahekohtu lahendid

- 491. OGH Oberster Gerichtshof (Austria) 14.02.2002 (CISG-online 643).
- 492. OGH Oberster Gerichtshof (Austria) 06.02.1996 (CISG-online 224).
- 493. OGH Oberster Gerichtshof (Austria) 28.04.2000 (CISG-online 581).
- 494. Supreme Court of Poland 27.01.2006 (CISG-online 1399).
- 495. Hof van Beroep, Gent (Belgium) 29.10.2004 (CISG-online 983).
- 496. Supreme Court Queensland 17.11.2000 (CISG-online 587).
- 497. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 24.01.2000 (CISG-online 1042).

KASUTATUD LÜHENDID

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Alt	Alternatiiv
Art	Artikel/Article
Aufl.	Auflage
AÕS	Asjaõigusseadus
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
c.i.c	Culpa in contrahendo
CISG	Rahvaste organisatsiooni konventsioon kaupade rahvusvaheliste ostu- müügi lepingute kohta
CISG-online	andmebaas CISG-i alusel tehtud kohtulahendite kohta, arvutivõrgus: http://www.cisg-online.ch/index.html
DCFR	Draft Common Frame of Reference
Diss	Dissertatsioon/Dissertation
Ed.	Edition
DCFR	Draft Common Frame of Reference
ELT	Euroopa Liidu Teataja
EKG	Einheitliches Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen (Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods (1964, The Hague)
FS	Festschrift
GPR	Zeitschrift für Gemeinsamsprivatrecht
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
IHR	Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und -vertriebs
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring
MDR	Monatschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungsreport
PankrS	Pankrotiseadus
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rn	Randnummer
RT	Riigi Teataja
S.	Seite
TMS	Täitemenetluse seadustik
TsÜS	Tsiviilseadustiku üldosa seadus
TsMS	Tsiviilkohtumenetluse seadustik

u.a	und andere
Vrdl	vördle
Vt	vaata
VÖS	Völaðigusseadur
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZPO	Zivilprozessordnung Curriculum Vitae

CURRICULUM VITAE

Given Name and Surname: Arsi Pavelts
Date and Place of Birth: 08.05.1983, Tallinn
Citizenship: Estonian
Marital Status: Single
Address, Phone, Email: A. Kapi 1–7, 55 616 888, arsi.pavelts@gmail.com
Current Employment, Title: Advokaadibüroo NOVE, Attorney at Law

Education (Educational Institution Attended, Year of Graduation, Degree Obtained, Qualification):

1990–1999 Tallinna Tehnikagümnaasium, Basic Education (with distinction)
1999–2002 Gustav Adolfi Gümnaasium, Secondary Education (gold medal)
2002–2005 University of Tartu, Faculty of Law, BA
2005–2008 University of Tartu, Faculty of Law, MA (*cum laude*)
2010–2017 University of Tartu, Faculty of Law, Doctoral Studies

Language Skills: Estonian, English, German, Finnish, Russian

Work Experience (Career):

2008–2016 Advokaadibüroo VARUL, Attorney at Law, Senior Assistant to
Attorney at Law, Lawyer
From 2016 Advokaadibüroo NOVE, Attorney at Law

Main Areas of Research: Law of Obligations, Civil Procedural Law, Property Law

List of Publications:

Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura, 2016. P. Varul et al., co-author.
A. Pavelts, K. Sein. The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs
of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law. *Juridica*
International 2014, 147 ff.
A. Pavelts. Abstraktse võlatunnistuse põhialused, *Juridica* 2009, No. 5, pp. 276–287

Research Grants and Scholarships:

SA Archimedes, Doctoral Students Mobility and Short-Term Mobility Scholarship

Other Administrative and Professional Activities:

Conference presentations, participation in professional associations, legislative work, etc.

Professional Development

Research at the University of Konstanz and University of Bayreuth in Germany.
Various continuing education courses in Estonia and abroad

Interests

Football, History, Culture

ELULOOKIRJEDUS

Ees- ja perekonnanimi: Arsi Pavelts
Sünniaeg ja koht: 08.05.1983, Tallinn
Kodakondsus: eesti
Perekonnaseis: vallaline
Aadress, telefon, e-post: A. Kapi 1–7, 55 616 888, arsi.pavelts@gmail.com
Praegune töökoht, amet: Advokaadibüroo NOVE, vandeadvokaat

Haridus (lõpetatud õppeasutused, lõpetamise aastad, omandatud kraadid, kvalifikatsioonid):

1990–1999 Tallinna Tehnikagümnaasium, põhiharidus (kiituskiri)
1999–2002 Gustav Adolfi Gümnaasium, keskharidus (kuldmedal)
2002–2005 Tartu Ülikool, õigusteaduskond, BA
2005–2008 Tartu Ülikool, õigusteaduskond, MA (cum laude)
2010–2017 Tartu Ülikool, õigusteaduskond, doktoriõpe

Keelteoskus: eesti, inglise, saksa, soome, vene

Töökogemus (teenistuskäik):

2008–2016 Advokaadibüroo VARUL, vandeadvokaat, vandeadvokaadi vanemabi, jurist
Alates 2016 Advokaadibüroo NOVE, vandeadvokaat

Peamised uurimisvaldkonnad: võlaõigus, tsiviilprotsessiõigus, asjaõigus

Publikatsioonide loetelu:

Võlaõigusseadus I. Kommenteeritud väljaanne. Juura, 2016. P. Varul jt, kaasautor.
A. Pavelts, K. Sein. The Buyer's Right to Require Reimbursement for Repair Costs of Defective Goods under the CISG, the CESL, and Estonian Law. Juridica International 2014, 147 ff.
A. Pavelts. Abstraktse võlatunnistuse põhialused, Juridica 2009, nr 5, lk 276–287.

Saadud uurimistoetused ja stipendiumid:

SA Archimedes, Doktorantide õpirände ja lühiajalise õpirände toetus

Muu teaduslik organisatsiooniline ja erialane tegevus:

konverentside ettekanded, osalemine erialastes seltsides, seadusloome jms.

Erialane enesetäiendus:

Teadustöö Konstanzi ja Bayreuthi ülikooli juures Saksamaal. Erinevad täiendõppe koolitused Eestis ja välismaal.

Huvialad:

Jalgpall, ajalugu, kultuur

DISSERTATIONES IURIDICAE UNIVERSITATIS TARTUENSIS

1. **Херберт Линдмязэ.** Управление проведением судебных экспертиз и его эффективность в уголовном судопроизводстве. Тарту, 1991.
2. **Peep Pruks.** Strafprozesse: Wissenschaftliche “Lügendetektion”. (Instrumentaldiagnostik der emotionalen Spannung und ihre Anwendungsmöglichkeiten in Strafprozess). Tartu, 1991.
3. **Marju Luts.** Juhuslik ja isamaaline: F. G. v. Bunge provintsiaalõigusteadus. Tartu, 2000.
4. **Gaabriel Tavits.** Tööõiguse rakendusala määratlemine töötaja, tööandja ja töölepingu mõistete abil. Tartu, 2001.
5. **Merle Muda.** Töötajate õiguste kaitse tööandja tegevuse ümberkorraldamisel. Tartu, 2001.
6. **Margus Kingisepp.** Kahjuhüvitis postmodernses deliktiõiguses. Tartu, 2002.
7. **Vallo Olle.** Kohaliku omavalitsuse teostamine vahetu demokraatia vormis: kohalik rahvaalgatus ja rahvahääletus. Tartu, 2002.
8. **Irene Kull.** Hea usu põhimõtte kaasaegses lepinguõiguses. Tartu, 2002.
9. **Jüri Saar.** Õigusvastane käitumine alaealisena ja kriminaalsed karjäärid (Eesti 1985–1999 longituuduurimuse andmetel). Tartu, 2003.
10. **Julia Laffranque.** Kohtuniku eriarvamus. Selle võimalikkus ja vajalikkus Eesti Vabariigi Riigikohtus ja Euroopa Kohtus. Tartu, 2003.
11. **Hannes Veinla.** Ettevaatusprintsip keskkonnaõiguses. Tartu, 2004.
12. **Kalev Saare.** Eraõigusliku juriidilise isiku õigussubjektsuse piiritlemine. Tartu, 2004.
13. **Meris Sillaots.** Kokkuleppemenetlus kriminaalmenetluses. Tartu, 2004.
14. **Mario Rosentau.** Õiguse olemus: sotsiaalse käitumise funktsionaalne programm. Tartu, 2004.
15. **Ants Nõmper.** Open consent – a new form of informed consent for population genetic databases. Tartu, 2005.
16. **Janno Lahe.** Süü deliktiõiguses. Tartu, 2005.
17. **Priit Pikamäe.** Tahtluse struktuur. Tahtlus kui koosseisupäraste asjaolude teadmine. Tartu, 2006.
18. **Ivo Pilving.** Haldusakti siduvus. Uurimus kehtiva haldusakti õiguslikust tähendusest rõhuasetusega avalik-õiguslikel lubadel. Tartu, 2006.
19. **Karin Sein.** Ettenähtavus ja rikutud kohustuse eesmärk kui lepingulise kahjuhüvitise piiramise alused. Tartu, 2007.
20. **Mart Susi.** Õigus tõhusale menetlusele enda kaitseks – Euroopa Inimõiguste ja Põhivabaduste Kaitse Konventsiooni artikkel 13 Euroopa Inimõiguste Kohtu dünaamilises käsitluses. Tartu, 2008.
21. **Carri Ginter.** Application of principles of European Law in the supreme court of Estonia. Tartu, 2008.
22. **Villu Kõve.** Varaliste tehingute süsteem Eestis. Tartu, 2009.
23. **Katri Paas.** Implications of Smallness of an Economy on Merger Control. Tartu, 2009.

24. **Anneli Alekand.** Proportsionaalsuse printsiip põhiõiguste riive mõõdupuuna täitemenetluses. Tartu, 2009.
25. **Aleksei Kelli.** Developments of the Estonian Intellectual Property System to Meet the Challenges of the Knowledge-based Economy. Tartu, 2009.
26. **Merike Ristikivi.** Latin terms in the Estonian legal language: form, meaning and influences. Tartu, 2009.
27. **Mari Ann Simovart.** Lepinguvabaduse piirid riigihankes: Euroopa Liidu hankeõiguse mõju Eesti eraõigusele. Tartu, 2010.
28. **Priidu Pärna.** Korteriomanike ühisus: piiritlemine, õigusvõime, vastutus. Tartu, 2010.
29. **René Värk.** Riikide enesekaitse ja kollektiivse julgeolekusüsteemi võimalikkusest mitteriiklike terroristlike rühmituste kontekstis. Tartu, 2011.
30. **Paavo Randma.** Organisatsiooniline teovalitsemine – *täideviija täideviija taga* kontseptsioon teoorias ja selle rakendamine praktikas. Tartu, 2011.
31. **Urmas Volens.** Usaldusvastutus kui iseseisev vastutussüsteem ja selle avaldumisvormid. Tartu, 2011.
32. **Margit Vutt.** Aktsionäri derivatiivnõue kui õiguskaitsevahend ja ühingujuhtimise abinõu. Tartu, 2011.
33. **Hesi Siimets-Gross.** Das „Liv-, Est- und Curlaendische Privatrecht“ (1864/65) und das römische Recht im Baltikum. Tartu, 2011.
34. **Andres Vutt.** Legal capital rules as a measure for creditor and shareholder protection. Tartu, 2011.
35. **Eneken Tikk.** Comprehensive legal approach to cyber security. Tartu, 2011.
36. **Silvia Kaugia.** Õigusteadvuse olemus ja arengudeterminandid. Tartu, 2011.
37. **Kadri Siibak.** Pangandussüsteemi usaldusväarsuse tagamine ja teabekohustuste määratlemine finantsteenuste lepingutes. Tartu, 2011.
38. **Signe Viimsalu.** The meaning and functioning of secondary insolvency proceedings. Tartu, 2011.
39. **Ingrid Ulst.** Balancing the rights of consumers and service providers in electronic retail lending in Estonia. Tartu, 2011.
40. **Priit Manavald.** Maksejõuetusõigusliku regulatsiooni valikuvõimaluste majanduslik põhjendamine. Tartu, 2011, 193 lk.
41. **Anneli Soo.** Remedies against ineffectiveness of defense counsel. Judicial supervision over the performance of defense counsel in Estonian criminal proceedings. Tartu, 2011, 282 p.
42. **Arnold Sinisalu.** Mõjutustegevuse piirid rahvusvahelises õiguses. Tartu, 2012, 277 lk.
43. **Kaspar Lind.** Käibemaksupettused ja nende tõkestamine. Tartu, 2012, 155 lk.
44. **Berit Aaviksoo.** Riigi otsustusruumi ahenemine: kodakondsus nüüdisaegses Euroopas. Tartu, 2013, 368 lk.
45. **Kai Kullerkupp.** Vallasomandi üleandmine. Õigusdogmaatiline raamistik ja kujundusvõimalused. Tartu, 2013, 398 lk.
46. **Iko Nõmm.** Käibekohustuse rikkumisel põhinev deliktiõiguslik vastutus. Tartu, 2013, 212 lk.

47. **Piia Kalamees.** Hinna alandamine õiguskaitsevahendite süsteemis. Tartu, 2013, 232 lk.
48. **Irina Nossova.** Russia's international legal claims in its adjacent seas: the realm of sea as extension of Sovereignty. Tartu, 2013, 205 p.
49. **Age Värvi.** Kulutuste kondiktatsioon: teise isiku esemele tehtud kulutuste hüvitamine alusetu rikastumise õiguses. Tartu, 2013, 273 lk.
50. **Elise Vasamäe.** Autoriõiguste ja autoriõigusega kaasnevate õiguste jätkusuutlik kollektiivne teostamine. Tartu, 2014, 308 lk.
51. **Marko Kairjak.** Keerukuse redutseerimine Eesti õiguses karistusseadustiku § 217² objektiivse koosseisu relatiivsete õigusmõistete sisustamise näitel. Tartu, 2015, 179 lk.
52. **Kadi Pärnits.** Kollektiivlepingu roll ja regulatsioon nüüdisaegsetes töösuhetes. Tartu, 2015, 179 lk.
53. **Leonid Tolstov.** Tort liability of the director to company's creditors. Tartu, 2015, 169 p.
54. **Janar Jäätma.** Ohutõrjeõigus politsei- ja korrakaitseõiguses: kooskõla põhiseadusega. Tartu, 2015, 242 lk.
55. **Katre Luhamaa.** Universal Human Rights in National Contexts: Application of International Rights of the Child in Estonia, Finland and Russia. Tartu, 2015, 217 p.
56. **Mait Laaring.** Eesti korrakaitseõigus ohuennetusõigusena. Tartu, 2015, 267 lk.
57. **Priit Kama.** Valduse ja kohtuliku registri kande publitsiteet Eesti eraõiguses. Tartu, 2016, 194 lk.
58. **Kristel Degener.** Abikaasade vara juurdekasvu tasaarvestuse varasuhe. Tartu, 2016, 242 lk.
59. **Olavi-Jüri Luik.** The application of principles of European insurance contract law to policyholders of the Baltic states: A measure for the protection of policyholders. Tartu, 2016, 228 p.
60. **Kaido Künnapas.** Maksukohustuse täitmise preventiivne tagamine enne maksukohustuse tuvastamist: ettevaatuspõhimõtte maksumenetluses. Tartu, 2016, 388 lk.
61. **Eve Fink.** Õiguspärase ootuse kaitse põhimõtte eeldused ja piirid Euroopa liidu õiguses. Tartu, 2016, 245 lk.